
UNIFORMIDADE DO DIREITO BRAZILEIRO

INTERPRETAÇÃO
DOS
ART. 34 N. 23, ART. 63 E ART. 65 N. 2º
DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL

POLEMICA ENTRE OS DRS. JOÃO MENDES DE
ALMEIDA JUNIOR E PEDRO AUGUSTO CARNEIRO
LESSA, LENTES CATHEDRATICOS DA FACULDADE DE
DIREITO DE S. PAULO.

S. PAULO
TYP. a Vap. - ESPINDOLA, SIQUEIRA &. COMP
RUA DIREITA, 10 A
1899

A NOVA PHASE DA DOUTRINA

E

DAS LEIS DO PROCESSO BRASILEIRO

I

Temos sustentado que do art 34 n. 23 combinado com o art. 65 n. 2 da Constituição da Republica, não resulta que tivesse ficado assentada pela Constituinte de 1891 a “multiplicidade da *lei adjectiva* ou do *direito formal*.”

Antes de tudo, observaremos que as locuções — *leis substantivas, leis adjectivas — direito material e direito formal* — não são encontradas nem no texto da Constituição, nem em qualquer das fontes do nosso direito patrio: outrossim, taes locuções, meramente analogicas, consideradas quer em sua extensão, quer em sua compreensão, não correspondem ao pensamento da Constituinte republicana, por maior que tenha sido o espirito de autonomia local que alli tivesse predominado.

Propriamente fallando, não ha lei, não ha regra de direito, que não seja *formal*: a lei é sempre uma *forma da ordem social*, quer regule uma relação de direito entre as partes, quer regule os actos tendentes a realizar o direito pela força do poder publico. Portanto, não é sinão por analogia que se tem dado ás leis que regulam a forma intrinseca das relações de direito a denominação de *direito material*, e ás leis que regulam a *fórmula extrinseca* dos actos juridicos, extrajudiciaes ou judiciaes, a denominação de *direito formal*. Si considerarmos as leis civis, commerciaes e criminaes, e tambem as leis de processo — sob o ponto de vista de sua *applicabilidade*, — umas e outras são *materia*, isto é *substancias em potencia*; si considerarmos as leis de processo e tambem as leis civis, commerciaes e criminaes — sob o ponto de vista de sua *aplicação*, — umas e outras são *fórmula*, isto é, *substancias em acto*. Por

outro lado, todo o principio ou fonte de actividade ou energia é sempre uma *fôrma*; por conseguinte, cogitar do acto juridico somente como *materia*, é uma abstracção util para o estudo contemplativo dos principios, porém, inutil para a classificação pratica dos preceitos. Accresce que as fôrmas intrinsecas (actos e contractos) *ut species*, são consideradas materia do direito, *ad instar* de *materia segunda*; e, aliás ha muitas fôrmas mesmo extrinsecas, por exemplo a letra de cambio, que, por considerações de ordem publica e de ordem pratica, são inseparaveis *per se ipsas* dos actos e contractos respectivos. *Inseparabiles dividuntur in inseparabiles per se ipsas et inseparabiles per accidens*, diz a Escola. LEIBNITZ, nos *Novos Ensaio*s, preconizando essas locuções — *direito material* e *direito formal*, tornou bem visivel que usa apenas de uma *metaphora*, mesmo porque acceita o principio da Escola: *Forma preexistant quidem in materia, non in actu sed in potentia solum, de qua in actu reducuntur per agens extrinsecus*. (Confira-se *Matière et Forme*, por ALBERT FARGES, pag. 124 e seguintes).

Quanto a BENTHAM, notaremos que, já em seu tempo, era elle apontado como completamente dominado da mania de atacar a technica do direito romano e de crear uma technica para o direito inglez. Porém, mesmo na Inglaterra, até hoje elle não conseguiu essa revolução: poderá ser que consiga no Brasil?

BENTHAM, no seu pamphleto intitulado — *Vista geral de um corpo completo de legislação*, depois de ter desenvolvido a sua diatribe contra a technica e as classificações romanas, passa a “classificar as divisões novas, até então pouco consideradas”. Entre estas divisões novas acha-se a seguinte:

Oitava divisão. 1.º *Leis substantivas*; 2º *Leis adjectivas*. Este ultimo é o nome que *eu daria* ás leis de processo, afim de poder designar por uma palavra correlativa as leis principaes, das quaes ha muitas vezes necessidade de distinguir aquellas. *As leis do processo não pôdem nem existir, NEM MESMO SER CONCEBIDAS sem estas outras leis que ellas tendem a fazer observar*. Quem entende o sentido

destas duas palavras em grammatica não póde deixar de entender o sentido que *eu quereria* dar-lhes em jurisprudencia.

A simples leitura deste topico indica o pensamento de BENTHAM. Elle chama leis *substantivas* ou *principaes* aquellas "que pódem existir, *ou ao menos pódem ser concebidas* sem outras leis que tendam a fazel-as observar". No cap. XXX do referido pamphleto está o *plano do processo*, por onde bem se vê quanto é acertado o juizo daquelles que consideram em BENTHAM o grande poder da imaginação. Elle distingue tres ramos do processo, *ad compescendum, ad compensandum, ad preveniendum*; elle acha possivel representar a distincção entre o processo criminal, policial e civil, por estes termos *processo de rigor, processo de menor rigor, processo sem rigor*, devendo ser redigidas *fórmulas* para tudo o que fôr disso susceptivel. Afinal, toda essa nova technica de BENTHAM não adianta esclarecimento algum; ao contrario, como já tem sido notado por muitos, a confusão augmenta, acarretando difficuldades na pratica.

BENTHAM abusou muito da sua grande superioridade intellectual e dessa sua immensa força de imaginação. Si algumas vezes foi feliz, outras vezes produziu deploraveis confusões: basta lembrar aquella pagina do referido pamphleto em que, propondo a suppressão do termo — *titulo de direito*, classifica os factos juridicos em *acontecimentos collativos, ablativos, onerativos e exonerativos*, notando-se que, na anterior edição, elle tinha empregado dois outros termos — *investitivos e divestitivos*, emprestados á linguagem feudal. Não ha de tardar muito para vermos, nesse furor de pedantismo que por ahi anda, empregadas essas expressões, renegadas as nossas fontes, esquecidas as tradições do nosso direito patrio.

Mas, pódem, mesmo em frente da analogia de BENTHAM, as leis sobre as *acções*, as *provas* e os *processos especiaes* ser consideradas — *leis adjectivas*? As *acções* não existem sem *processo*, mas *pódem ser*

concebidas sem processo, tanto assim que são consideradas em suas accepções subjectiva e objectiva, como *direito* e como *remedio de direito*; *as provas existem e podem ser concebidas sem processo*, sob o ponto de vista de sua determinação e efeitos; as letras de cambio, as escripturas publicas, os escriptos particulares de divida certa e liquida, as hypothecas, alimentos provisionaes, interdictos e outras instituições que exigem celeridade na decisão, ou por se fundarem em provas preconstituídas, ou em factos permanentes, ou em motivos de ordem publica, não pódem, attenta a efficacia dessas provas preconstituídas e esses factos permanentes e motivos de ordem publica, ser concebidas como instituições utilmente creadas sem que se achem ligadas á certos *processos especiaes*, taes como a assignação de dez dias, o executivo, e outros. Si esses *processos especiaes* não pódem ser concebidos sem aquellas instituições de direito, tambem aquellas instituições de direito, *quoad essentiam*, isto é, considerada a sua *razão de ser*, não pódem ser concebidas sem processo especial. Por outro lado, a lei juridica, quer a que regula relações e instituições de direito, quer a que regula o processo, como toda a lei, — deve ser permanente, como sujeito constante de affecções mutaveis, isto é, enquanto não revogada, existe e subsiste a mesma, não obstante suas applicações ás variadas circumstancias dos factos. Ora, *patet nos primo concipere substantiam ut subjectum constant affectionum mutabilium*, dizem os Philosophos; e neste sentido, mesmo as leis de processo não deixam de ser *substantivas*. Para que, pois, usar de termos analogos, cuja relação ou proporção com a coisa significada, além de arbitraria, acarreta somente confusões? Que necessidade ha de usar de termos equivocos, quando ha termos denominativos, termos proprios? Os termos analogos são sempre equivocos, *termini analogi consilio equivoci sunt*, ao passo que os termos proprios — *termini denominativi rationem et essentiam significant, quum de suis significatis dicitur*, isto é, significam a mesma razão e essencia da coisa significada. E, depois, que motivo, que principio de logica, que regra de hermeneutica auctorisa essa mania de substituir os termos

empregados na Constituição e nas nossas fontes — por termos gerados na imaginação de um philosopho? O termo constitucional é este: — *direito processual*; usar do termo analogo — *direito adjectivo*, quando aquelle termo proprio exprime clara e perfeitamente a coisa significada, não é apenas um pedantismo, é um gravissimo erro de hermeneutica: *minimè sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt*.

Occorre ponderar que BENTHAM, usando daquela analogia, não auctorizou a sua extensão, além do ponto de vista em que elle se collocou. Assim: BENTHAM jamais disse que as leis adjectivas possam ser sempre separadas das substantivas: BENTHAM jamais disse que todas as regras sobre as *acções* e sobre as *provas* pertençam ás leis do processo; BENTHAM jamais disse que certos actos e termos possam por estatutos ou leis locais ser supprimidos do processo ordinario; BENTHAM jamais disse que processos especiaes deixem de ser da essencia de instituições tambem especiaes. BENTHAM Limitou-se a fazer uma distincção, cujo effeito unico, aliás expresso por elle, é este: as leis de processo (*á semelhança dos adjectivos, que não podem ser predicados sem que se juntem a um substantivo*) — não podem existir nem ser concebidas sem as leis civis, commerciaes e criminaes; mas, BENTHAM jámais disse que o processo não seja essencial ás instituições de direito, assim como nunca disse que o adjectivo, *uma vez existente o substantivo*, não possa ser junto a elle como *predicado essencial*. Suppor que BENTHAM tivesse dito tal disparate, é ignorar os seguintes principios, que se podem ver nos commentadores do Philosopho:

1.º *Nominum essentialium, quaedam significant essentiam substantivè, quaedam vero adjectivè; cujus ratio est, quia*

2.º *Nomina substantiva significant aliquid per modum substantiae; nomina vero adjectiva significant aliquid per modum accidentis; sed,*

3.º *Accidens latius et strictius accipi potest; latius acceptum est quidquid substantiam afficit, sive id necessario ex ejus essentia dimanet, ut sunt quae a logicis vocantur PROPRIA, sive contingenter ad illam pertineat, ut sunt quae strictè a logicis vocantur accidentia.*

Portanto, ha nomes adjectivos que exprimem coisa que necessariamente dimana da essencia da substancia: por exemplo, o adjectivo — *racional* affecta a substancia *homem* de modo tal que o substantivo *animal*, isoladamente, isto é, sem aquelle adjectivo, não exprime a essencia da substancia *homem*. Ora, assim como ha nomes adjectivos que affectam a substancia de modo tal que, sem elles, não é significada a essencia da coisa, — assim tambem ha *processos, actos processuaes e termos processuaes*, que affectam as instituições de direito de modo tal que, sem elles, essas instituições ou não teriam razão de ser, ou não corresponderiam aos intuitos do legislador.

Por conseguinte, os Estados não podem alterar o processo das acções relativas ás letras de cambio, ás hypothecas e a outras instituições especiaes, porque taes processos, por considerações de ordem, quer estrictamente juridica, quer economica, quer fiscal, estão ligados a essas instituições, como que dimanando ou da sua razão de ser ou da sua razão de existencia. Pelas mesmas razões, não podem os Estados supprimir qualquer acto da causa ou do juizo no processo ordinario, sem *ipso facto* atacar o principio substancial da *plenitude da defeza*, ligado aos factos juridicos fundados em provas meramente casuaes. Aliás, os actos do processo, mesmo por serem accidentes que affectam uma substancia, recebem dessa substancia a unidade ou pluralidade; e, assim, si a substancia é regida por um só principio, esse mesmo principio unico deve reger os accidentes *que a affectam*, sob pena de desnaturar-se a substancia: donde se vê que, si as leis civis, commerciaes e criminaes são emanadas somente do Congresso Nacional, as leis relativas aos actos e termos processuaes, que possam *affectar* as relações e interesses de direito civil, commercial e criminal, não pódem deixar de emanar do

mesmo Congresso Nacional, sob pena de *serem desnaturadas* essas relações e instituições de direito. Ora, não é possível supor no legislador constitucional da República a intenção de *desnaturar* as relações e instituições reguladas pelas leis civis, commerciaes e criminaes; logo, na mente desse legislador, só esteve o pensamento de dar ao poder legislativo dos Estados, a attribuição suppletiva de legislar *sobre termos que não possam affectar essas relações e instituições de direito*, isto é, sobre termos que, deixando salva a essência dessas relações e instituições, sejam completamente extrinsecos á ellas, taes como os que se referem ás distancias, aos logares, aos meios de comunicação, etc. *In adjectivis attenditur singularitas et pluralitas secundum supposita, quia accidentia sicut esse habent in subjecto, ita ex subjecto suscipiunt unitatem, vel multitudinem; et nota quaedam accidentia intrinsecus afficere proprium subjectum, ut sunt v. gr. potentiae earumque actus, quaedam vero non intrinsecus afficere subjectum, nec propriè illi inesse, sed potius esse extra illud, vel aliquo modo ad illud intrinsecus referri, ut est locus aut vestis.*

E' assim que podemos medir a extensão da analogia de BENTHAM; nem em qualquer outro sentido poderia elle considerar as leis juridicas *principaes* como *substancias* affectadas pelas leis juridicas de processo como *accidentes*. BENTHAM jámais contestou que, no estabelecimento do processo, pudesse estar em jogo a essência do direito que esse processo vem garantir. Basta considerar, por exemplo, que os processos summarios, em geral, foram estabelecidos com as instituições com elles creadas: o *summatim cognoscere* vinha como condição essencial, de sorte que, em taes casos, o processo não é simplesmente um *modus operandi*, mas um *modus entis* ou *entitas modalis*, por outra, em taes casos, o processo *est ipsa realitas entis, connotans tamen aliquid aliud cum quo ens confertur*; por outra, em taes casos, o processo é mais do que um modo e forma de operar, é uma *entidade que se accrescenta á*

coisa e que determina nella uma certa maneira de ser. Confira-se DRIoux, Lex. escol., verbs. *modus* e *fôrma*.

II

Bem sabemos que o processo romano, mesmo o contido nas Novellas LIII, cap. 3.º, XCVI, cap. 2º e CXII, caps. 2º e 3.º, não foi recebido no nosso fôro, onde, desde o século XII, foi introduzido o processo canonico contido nas Decretas e depois nas Clementinas; mas, si não devemos buscar nas leis romanas a fôrma intrinseca dos processos summarios, é incontestavel que o fundamento e a forma intrinseca já se encontram, ou nas *breves lites et maximè vilium personarum vel causarum* que deviam ser decididas *sine scriptis et sine aliqua expensa*, ou no *summatim cognoscere*, essencialmente ligado a certas disposições e instituições de direito civil, por exemplo, ás causas de alimentos, a que se referem a Const 3.^a do Cod. L. VII, tit. 46, e outros a que se referem as Novellas XVII, cap. 3º, LXXXIII, princ, etc.

Os Romanos tinham a *summaria cognitio*, que se limitava, em regra, a *cum aquitate audire — gratis lites audire, — alterna contentione liberare —* e *ex non scripto decidere et judicare*. O nosso ALMEIDA E SOUZA, transcrevendo um trecho de BOEHMERO, *ad Decret*, afirma que as diferenças entre o processo ordinario e o summario estão na Clementina *Sape contingit*; mas, a verdade é que essa Clementina mais se refere aos processos summarissimos e aos processos especiaes em que se procede *simpliciter et de plano et sine strepitu et figura judicii*. O processo estritamente chamado summario era o processo semi-pleno dos antigos praxistas reinicolas, era que havia libello ou petição inicial ecripta, contestação da lide, excepções, não havia réplica e tréplica, dilações e termos eram abreviados, em regra, metade do tempo estabelecido para o processo pleno ou ordinario.

Mas, os processos especiaes, tâes como as *assignações de dez dias* e os *executivos*, foram introduzidos pelo direito moderno, para



corresponder às exigencias do credito fundado em titulos especiaes, exigencias ligadas á economia publica. Assim, comquanto as Ordenações Affonsinas, reproduzindo uma lei d'El-rei d. Fernando, no liv. III, tit. 64, determinassem que os contractos, excedentes de certa somma, não pudessem ser provados senão por escriptura publica, a verdade é que até El-rei d. Manoel era desconhecida a *acção de assignação de dez dias*, que só apparece na sua Ord. liv. III, tit 16, depois na *Lei da reformação das Justiças*, de 1577, d'El-rei d. Sebastião, e depois na Ord. Phil. liv. III, tit. 25. Quanto ao *executivo*, por maior que tenha sido, entre os Romanos, a auctoridade dos instrumentos publicos, a verdade é que não tinham a *execução preparada*; foi na Italia, no seculo XII, que começaram a attribuir aos *actos notariados* a *execução preparada, ad instar* da coisa julgada e da confissão judicial: e aos instrumentos, assim equiparados às sentenças de preceito, foi dado o nome de *instrumenta guarentigiata* (Confira-se DURANDO, *Il tabellionato*, part. II, cap. III, n. 34, pags. 132 e 133). Mais tarde, o *executivo* foi extendido aos alugueres, aos impostos e mais dividas fiscaes, ás hypothecas e, em geral, aos creditos privilegiados; e, por fim, em alguns paizes, foi applicado até ás letras de cambio e titulos semelhantes, que, entre nós, são exequiveis mediante *assignação de dez dias*.

Quando fallamos em processo summario, consideramol-o como correlativo opposto ao processo ordinario, de sorte que entram na classe dos summarios, não só as acções cujo processo é regulado pela ordem geral dos processos summarios, como tambem aquelles a que as leis dão uma forma especial, taes como a assignação de dez dias, o processo executivo, e outros. O canon *Quoniam contrà*, das Decretaes, distingue o processo em *ordinario* e *extraordinario*, incluindo na classe dos *extraordinarios* todos os processos que sahem da ordem do processo pleno. Os glosadores e praxistas reinicolas recusaram esta classificação, não porque seja defeituosa, mas para evitar confusão com o processo extraordinario dos Romanos, que é considerado sob ponto de vista

differentes; e, então, classificaram o processo em — *plenissimo, pleno, extraordinario, summario e summarissimo*. Ao processo *plenissimo* corresponde, no nosso fôro moderno, o *processo criminal ordinario*, antes regulado pela Ord. L. V, tit. 124 e depois pelo Cod. do Processo, pela lei de 3 de Dezembro de 1841 e Regul. n. 120 de 31 de Janeiro de 1842, ao qual costumamos chamar — *processo plenario*; ao processo *pleno* corresponde o actual processo *ordinario civil*, antes regulado pela Ord. Liv. III, tit. 20 e hoje pelo Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, arts. 65 e seguintes. A locução — *processo summario* — é modernamente empregada em sentido generico, para significar não só as acções estritamente chamadas *summarias*, como as *summarissimas*, as *especies* e as *executivas*. Neste sentido consideram-se *summarias*: a) as acções preparatorias, taes como as acções *ad exhibendum*, os sequestros, os depositos, as liquidações, etc; b) as provisionaes e interimisticas, taes como as de alimentos provisionaes, a interina de manutenção, os depositos interinos, etc; c) as incidentes, taes como os attentados, os espolios, as habilitações de herdeiros, os artigos de falsidade e embargos de *ob* e *subrepcão*, etc.; d) as causas sobre colhimento de fructos, dação, remoção e excusa de tutores, alimentos, posse em nome do ventre, publicação e abertura de testamentos, forças novas, suspeições, soldadas, guarda, deposito, despejo de predios rusticos, etc.; e) preceitos comminatorios; f) assignação de dez dias, despejo de casas, fretes e soldadas, juramento d'alma, restituição do usurpado ao publico, nunciação de obra nova, etc; e a estes podem ser accrescentados os executivos *fiscal*, o *hypothecario* e o de *privilegiados*, taes como alugueres, custas e os processos de *fallencia*, etc.

Por essa enumeração bem se vê que, no estabelecimento de um processo, maximé de um processo especial, está em jogo a substancia do direito que esse processo vem acautelar; por outra, os processos *especies* completam e aperfeiçoam instituições tambem *especies*, não só *in operando* como *in existendo*; por outra, os processos *especies*

coexistem com as respectivas causas, de modo tal que, sem elle, a lei seria frustrada nos efeitos intentados pelo legislador; por outra, os processos especiaes não são simplesmente *fórmulas para tractar causas em juizo*, são *efeitos ou de factos permanentes ou de provas preconstituídas*, e, portanto, dimanam ou dos factos e contractos que lhes servem de fundamento, ou da fé dos instrumentos; por outra, nos processos especiaes, a acção, em sua accepção formal, confunde-se com a acção, em suas accepções subjectiva e objectiva; nos processos especiaes não ha distincção juridica entre a *acção-processo*, a *acção-direito* e a *acção-remedio de direito*; por outra, para as acções fundadas em escripturas publicas, letras de cambio, posse, privilegios, e, em geral, em *provas preconstituídas* ou em *factos permanentes*, o processo especial, si não é uma forma substancial, no sentido rigoroso do termo, — é mais do que uma fórmula accidental, — é uma *fórmula assistente*, sem a qual aquellas instituições perderiam a sua razão de ser, ou, pelo menos, perderiam a efficacia que o legislador lhes quiz communicar; por outra, os processos especiaes não são *simples fórmulas do movimento forense*, são *medíe et remedia quod*, e tambem *quo et sub quo*, segundo a terminologia escolastica, adoptada por STRYKIO; por outra, os processos especiaes são, não somente intermediarios entre o autor e o réo, para forçar este a cumprir a obrigação, mas tambem agem sobre a natureza da mesma obrigação, ou multiplicando-lhe os efeitos, ou aperfeiçoando-lhe a causa para que produza um determinado acto de ordem publica.*

* Muito se tem debatido sobre os meios de abreviar os processos, simplificando as normas e formas, sem prejuizo da instrucção da causa. STRYKIO tem a esse respeito uma dissertação longa, com remissões a BRUNNEMAN, VENTURA DE VALENTIM, WINTER e outros. Elle assignala diversas causas dos defeitos, da demora, da prolixidade e do elevado dispendio das lides forenses. Assim: 1º A determinação de uma fórmula pelas leis, mesmo quando bastem as partes naturaes do processo; 2º A turba dos commentadores, glosadores, annotadores, repertorios, formularios, etc.; 3º A confusão entre formalidades essenciaes e as meramente accidentaes; 4º A divisão das causas em *ordinarias* e *summarias*, visto que, não por sua natureza, mas pela qualidade das provas, é que as causas podem ser divididas; 5º A liberdade de negar; 6º A falta de condemnação nas custas do retardamento; 7º As dilações prorogadas; 8º O abuso dos recursos suspensivos e devolutivos; 9º A prolixidade das formulas dos termos e autos; 10º A multiplicidade das instancias.

III

Não é necessario grande esforço de atenção para á primeira vista, comprehender que ha certas instituições que existem e são concebidas, mais pelo processo do que pelo titulo de direito que lhes serve de fundamento: assim, por exemplo, *a divisão da coisa commum, a demarcação de imites, a partilha da herança, a cessão de bens, a concordata preventiva, a moratoria, a fallencia, a testamentaria, a tutela, a prestação das contas*, etc. Ora, junte-se a isso a serie de processos summarios e especiaes referida no artigo anterior; e vêr-se-á que ha muitas disposições que, sendo de processo, não deixam de ser da *substancia* da instituição. Por outro lado, bem considerada a noção de *substancia*, toda a lei juridica, quer civil, quer commercial, quer criminal, quer processual, existe e subsiste a mesma, não obstante suas applicações ás variadas circurnstancias dos factos. Deixemos, portanto, essa analogia que BENTHAM foi buscar na grammatica e subordinemo-nos aos textos legaes, visto que, propriamente fallando, toda a lei juridica, como qualquer outra lei, é *substantiva*, toda a lei juridica é uma *substancia*, affectada pelas outras nove categorias, como passamos a demonstrar.

Assinalando essas causas, STRYKIO não expõe meios de remediar os inconvenientes que ellas produzem, nem demonstra que, supprimidas ellas, desapareçam esses mesmos inconvenientes e não appareçam outros muito peiores. Já o nosso LOBÃO faz essa critica a STRYKIO.

Especialmente quanto á distracção das causas em *ordinarias* e *summarias*, o operoso jurisconsulto allemão affirma que nenhum tratadista ou praxista encontrou o fundamento desta distracção na *natureza das cousas*; mas, elle proprio reconhece que—“em vista da variedade das circumstancias, ha causas de mais difficil prova do que outras e, portanto, os processos são distinctos pela *qualidade das provas*”. Para refutar STRYKIO, não faltam argumentos: elle proprio reproduz a nota de CARPSOVIO, em que este dá um triplice fundamento aos processos summarios: 1º A auctoridade dos interpretes e dos praticos; 2º O favor de certas causas ; 3º O interesse da republica. Accrescente-se, como quarto fundamento, a *qualidade das provas*, fundamento fornecido pelo proprio STRYKIO e razão mais que sufficiente dos *processos especiaes*.

Accresce que aquella *variedade de circurnstancias*, a que se elle relere produzindo a *differente qualidade das provas*, é um caracteristico da *natureza das cousas* e, portanto, da *natureza da causa*. “A *natureza das cousas* diz VICO, consiste em nascerem ellas em certas circurnstancias e de certas maneiras”.

A lei jurídica tem *quantidade*, porque é um todo cujas partes podem ser consideradas conjuntas ou divididas;

A lei jurídica tem *qualidade*, isto é, accidentes que imediatamente, por si mesmos, a completam e aperfeiçoam, *sive in existendo, sive in operando*;

A lei jurídica tem *relação*, porque se refere ao direito, que, por sua vez, se refere ao sujeito activo, ao sujeito passivo, ao objecto e ao titulo;

A lei jurídica existe e estende-se no *tempo*;

A lei jurídica existe e estende-se no *espaço*;

A lei jurídica tem *situação*, que resulta da ordem de suas partes em relação a um lugar;

A lei jurídica tem *estado*, isto é, uma maneira de ser externa, porque tem accessorios que, não a modificando intimamente, são considerados em relação a outras substancias;

A lei jurídica tem *acção* sobre as pessoas que a cumprem e sofre a *acção* das pessoas que a violam;

A lei jurídica tem *acção*. Chegamos ao ponto. A lei jurídica tem *acção*, porque age de modo tal que, por sua causa, se dá uma mutação, isto é, acontece alguma coisa que antes não havia. A lei age sobre as pessoas obrigadas, attingindo-as ou por um contacto virtual, ou por um contacto physico. Age por um contacto virtual quando é voluntariamente cumprida; age por um contacto physico, quando se impõe pela força do poder publico. *Agere generatim dicimus id omne, quo interveniente, aliquid accidit mutatio, seu id omne quod efficit ut sit aliquid quod prius non erat*, dizem os Philosophos.

A *acção*, considerada a conformidade das vontades do sujeito do direito e do sujeito da obrigação, não produz mutação fora dos

agentes, porque ambos, quer o sujeito do direito quer o da obrigação, ambos são agentes; e, por isso, dizem os Philosophos, *mutatio quae ab agente provenit*, *PASSIO nuncupatur si extra agens recipitur*; *ACTUS, si in ipso agente*. Por analogia com esta noção é que os praxistas, em geral, nos paizes latinos, denominaram, por excellencia, *actos* os actos autenticos dos notarios, tabelliães, escrivães e mais offi-ciaes publicos, os actos que as nossas Ordenações denominam *firmidões*, *convenças*, *contractos*, e os actos processuaes, quer da causa, quer do juizo. Neste mesmo sentido é a palavra *acto* apreciada pelos glosadores da *L. Labeo*, L. 19, Dig., *de verb. signif.*, relativamente á distincção entre as palavras *actum*, *contractum* e *gestum*. Qualquer, porém, que seja a modificação que soffra o sentido da expressão — *acto*, a verdade é que, na technica juridica, exprime sempre a idéa da acção não impedida.

Mas, a *acção*, considerada a não conformidade das vontades, produz uma mutação que provém somente do sujeito activo e que é recebida fora deste, isto é, pelo sujeito passivo, que a recebe contra a vontade e soffre-lhe os effeitos: a mutação, assim recebida, *passio nuncupatur*, segundo o texto citado; e a acção que a produz se denomina, por excellencia, — *acção*. Si o agente não tem impedimento para conseguir o fim, a acção se diz MEIO; si tem impedimento a remover, a acção se diz REMEDIO. *Actio conducens ad assecutionem finis dicitur MEDIUM; ac si impedimenta finis removeat, REMEDIUM nuncupatur*.

Quando temos em vista a *acção judiciaria*, consideramos a acção provindo de uma vontade deliberada; aliás, não se dá o nome de — *acções humanas* sinão ás acções que procedem da vontade deliberada, sendo que as outras são denominadas — *acções do homem*. *Illoe ergo actiones propriè humana dicuntur, qua ex voluntate deliberata rata procedunt; si quae autem alia actiones homini convenient, possunt dici quidem hominis actiones, sed non propriè humana, cum non sint hominis, inquantum est homo* (Sum. theol., I, 2, q. I, a. I). A *acção Judiciaria*, portanto, como *acção humana* que é, provindo de uma vontade deliberada,

é sempre uma faculdade pessoal, um poder que, quando fundado na lei, tem a virtude de se impor pela força social. E, assim, a *acção judicial*, considerada como attributo da *pessoa*, que é o *sujeito do direito*, considerado o *autor* como o *subjectum attributionis*, considerado o termo *acção* em sua accepção subjectiva, isto é, considerado somente como exprimindo um poder do sujeito a que é attribuida, e abstrahindo ou não considerando outras accepções, — a *acção judicial* é um direito de requerer em juizo aquillo que nos é devido, *jus persequendi in judicio quod sibi debetur*, segundo a definição de CELSO, nas Inst, § 1.º, de *action*.

Não podemos, porém, considerar a *acção judicial* sómente como um attributo do sujeito do direito, isto é, como uma faculdade de agir: esta *accepção subjectiva* tem por correlativa a accepção objectiva, pela qual devemos considerar, na idéa exprimida pelo termo *acção* o *objecto* da apprehensão, isto é, aquillo que o acto de perceber representa na mente. Ora, todo o *objecto* da apprehensão tem algumas attribuições e affecções proprias, que são como os seus lineamentos intelligiveis, pelos quaes se manifesta ou póde manifestar-se e que, por isso, se denominam *notas* ou *determinações do objecto da idéa*; assim, quando queremos exprimir o *objecto de uma idéa*, esta expressão é feita pelas *notas intelligiveis* desse *objecto*, notas que são como — os *elementos da idéa* para construir a sua substancia. Por exemplo, na apprehensão da idéa de *acção judicial*, considerando o *objecto* desta idéa, que *notas* se nos apresentam? A *acção judicial* é um *remedio*, isto é, um meio de remover impedimentos á consecução de um fim. A primeira *nota* do objecto da nossa percepção, quando apprehendemos a idéa de *acção judicial*, é esta: — *remedio*. Este *remedio* precisa ter efficacia (*vis agendi*); para isso deve ser dotado de condições que disponham a virtude das causas e as appliquem a agir (*requisita ad agendum*), condições que, consideradas em relação ao fim da *acção judicial* (applicação da lei á relação de direito litigiosa), participam da natureza do fim. Quer isto dizer que a *efficacia do remedio* depende não só da applicabilidade da lei ao facto, como das

condições de disposição e applicação das causas da acção; ora, como a lei juridica regula, não só a relação de direito litigioso, como as condições da actividade das causas da acção, segue-se que a *acção judiciaria* é um *remedio de direito* e, assim, a segunda *nota* da idéa da acção é esta — *remedio de direito*. Mas, como dissemos, tratando-se de acção tendente a remover impedimento á consecução de um fim, quem reflectir sobre a percepção da idéa da *acção judiciaria* — verá que a *nota* do fim, (*obrigar outro a dar ou a fazer aquillo de que tem obrigação perfeita*), que é a primeira na atenção e na intenção, é a ultima na abstracção e na execução; e, assim a terceira *nota* que nos apparece, na analyse do objecto da idéa da *acção judiciaria* é esta: — *para obrigar outro a dar ou a fazer aquillo de que tem obrigação perfeita*. Fica assim composta a accepção objectiva da acção judicial civil e a definição respectiva de CORRÊA TELLES: “A acção, no sentido objectivo, é um *remedio de direito para obrigar outro a dar ou fazer aquillo de que tem obrigação perfeita*.”

Ha ainda duas outras accepções do termo *acção*: a *accepção formal*, que tem por correlativa a *accepção material*. A accepção convem *materialmente* ao termo, quando lhe é attribuida em razão da *materia*; a accepção convem *formalmente* ao termo, quando lhe é attribuida em razão de *fórma*. Ora, a *materia da acção judiciaria*, como qualquer outra *materia* póde ser considerada sob um triplice aspecto: assim a *materia ex qua da acção judiciaria* é o *litigio*, que tambem se chama *lide*, *pleito* ou *demanda*; a *materia in qua* é o *juizo*; a *materia circa quam* é a *relação de direito*. Por conseguinte, nesta accepção material, a *acção judiciaria* é um *litigio em juizo acerca de uma relação de direito*.

Este litigio toma *fórma* nos *actos* e *termos* do *processo*, isto é, o processo dá á *acção judiciaria* o *ser* e a *operação*. Quer isto dizer que a *acção judiciaria* só realisa-se pelo *processo*. A *fórma* póde ser intrinseca, *ut species*, ou extrinseca, *ut exemplar*; mas, quer a forma intrinseca, quer a forma extrinseca da *acção judiciaria*, se acham no processo. Assim, o *processo*, nos *actos* e *termos*, dá á *acção* o estado definido e completo

que a constitue em sua especie distincta; o *processo*, nas fórmulas destes actos e termos, dá á *acção* o *exemplar* do movimento no tempo e no espaço para a realisação do direito. A *fórma*, pois, é sempre *a realidade que dá o ser e a operação*; por outra, *a fórma é o principio que dá o ser essencial e específico á materia*; por outra, *a fórma é aquillo que completa on determina uma coisa ou o meio pelo qual ella opéra*; e, assim se diz que a "fórma dá o ser á coisa", *fórma dat esse rei*, não porque a fórma seja identica ao agente ou causa efficiente, mas porque sem a forma o ser não existe senão em potencia; por outra, a *fórma*, ou *causa formal*, completa a materia *actuando-a* e, por isso, se diz que a *fórma* é a *substancia em acto*.

IV

De todas estas noções rigorosas da Escola, bem ponderadas as definições, deduz-se claramente que, no composto, é possível, por abstracção *distinguir*, mas não separar, a *fórma* da *materia*. Assim na acção judiciaria, poderemos, por abstracção, *distinguir* a acção *remedio de direito* da acção *processo*, mas não poderemos separar uma da outra, si quizermos realizar o *direito de acção*.

Ora, a *fórma* da acção judiciaria consiste, como todas as *fórmulas*, em actos, que tendem a um fim, ordenadamente dispostos, procedendo sempre os posteriores dos anteriores (*pro*, *adeante*, *cedere*, *ir*, *marchar*), desde a citação inicial até o julgamento. Estes actos do processo, taes como a citação, a proposição da acção, a contestação, a réplica, a tréplica, a producção das provas, as allegações, a sentença, os recursos, cada um delles deve ser considerado *meio*, não só para chegar ao fim proximo, que é o *julgamento*, como ao tim remoto, que é a *segurança constitucional dos direitos*. Estes actos, quer sejam *ordinatorios*, quer *decisorios*, isto é, quer *sejam necessarios á ordem do juizo*, quer sejam *necessarios ao juizo* (Ord. liv. III, tit. 20, princ), quer sejam *da causa*, quer *do juizo* (Glos. do abb. PANORM. ao canon *Quoniam*

contra), — estes actos diremos nós, não podem ser suprimidos, ou alterados, sem offensa da garantia constitucional da segurança dos direitos e da execução das *leis federaes*. Assim:

1.º Os Estados não podem suprimir ou alterar actos de *necessidade absoluta*, taes como a *proposição da acção*, a *contestação*, as *provas* e a *sentença*;

2º Os Estados não podem suprimir ou alterar actos de *necessidade da lide*, *necessidade* que, comquanto *relativa*, funda-se em exigencias do *direito de defeza*. Assim, não podem suprimir ou alterar a *réplica*, a *tréplica* e as *allegações finaes*: não podem suprimir ou alterar a *réplica*, porque, quando a contestação fôr fundada, não em uma negação absoluta, mas em uma negação relativa ou em allegação de direito, o auctor tem o *direito de defeza*; não podem suprimir a *tréplica*, porque, quando a *réplica* não fôr fundada em negação absoluta, o réu tem o *direito de defeza*; e, nestes termos, a *réplica* e *tréplica* tornam-se *necessarias para a determinação do estado da lide*, isto é, para a *verdadeira litis-contestação*. Não podem suprimir as allegações finaes, porque, podendo as provas alterar o estado da lide, o juiz precisa conhecer da intenção das partes após a producção das provas;

3º Os Estados não podem suprimir ou alterar as *excepções*, sem affectar direitos relativos á legitimidade das partes, do juiz e da causa;

4º Os Estados não podem suprimir incidentes taes como a *reconvenção*, a *autoria*, a *assistencia* e a *oposição*, porque seria isso atacar o direito do maior credor, o direito de evicção, o direito de defeza de interesses identicos, o direito de defesa de interesses oppostos aos dos litigantes;

5º Os Estados não podem suprimir ou alterar os *actos do juizo*, taes como a *citação*, a *notificação*, a *intimação*, as *assignações* e os *lançamentos*, porque seria isso impossibilitar a defeza;

6º Os Estados não podem supprimir ou alterar os actos do processo criminal e muito menos alterar o systema geral do processo criminal, para, por exemplo, diminuir as garantias da defeza e do julgamento, quer pelo juiz de direito, quer pelo jury, ou para estabelecer exclusivamente o processo inquisitorio, supprimir o processo accusatorio, etc: os arts. 72, princ., e §§ 13, 14, 15, 16 e 3,1 referem-se expressamente á *pronuncia*, á *nota de culpa*, á *formação da culpa*, ao *jury*, actos esses meramente processuaes, porém *essenciaes á plenitude do direito de defeza*, que é uma das garantias constitucionaes;

7º Os Estados não pódem supprimir ou alterar qualquer dos processos summarios e os processos especiaes, porque essas formas extraordinarias estão essencialmente ligadas ou a *provas preconstituídas*, ou a *factos permanentes*, ou a *motivos de ordem publica, economica, ou fiscal*;

8º Os Estados não podem supprimir ou alterar os actos da execução, porque alli estão estabelecidos os direitos do credor e as defezas do devedor, direitos e defezas que são *actos decisorios*;

9º Os Estados não podem supprimir ou alterar recursos, maxime no processo criminal, porque isso vae de encontro ao principio constitucional da plenitude da defeza;

10º Os Estados não podem alterar mesmo o expediente do *continuar dos feitos*, substituindo, por exemplo, a vista dos autos originaes pelo procedimento por copia ou pela comunicação dos documentos entre os solicitadores ou advogados, — as allegações escriptas pelo debate oral; os Estados não podem alterar a fôrma das transacções, desistencias e mais actos em proveito ou prejuizo das partes, que occorrerem durante o processo: e não o podem, porque seria isso alterar a *fôrma probante* de actos publicos, isto é, alterar formalidades de *prova preconstituída*, materia essa que não pertence ao direito processual; pois como actos probatorios foram sempre considerados os *termos*

processuaes, tanto assim que o banon *Quoniam contra*, a elles relativo, não está no tit. *de judiciis*, mas no tit. *de probationibus*, das Decretaes.

O movimento (que é o facto primitivo, o primeiro na ordem do conhecimento, como disse o Philosopho), — é tambem o facto que se impõe logo a quem estuda e analysa o processo; e, então, surgem á attenção — o *motus accretionis*, nos *termos do continuar dos feitos* (Ord. L. I, tit 79, § 5.º), — o *motus alterationis* nos *termos prejudiciaes ou em proveito de alguma das partes* (Ord. cit. e tit 24), — o *motus lationis* nos *termos dos prazos e dilações* (Ord. L. III, tit. 20, § 44 e tit. 54; Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, arts. 723 e seguintes, etc).

Ora, destas tres especies de termos, as duas primeiras affectam *formalidades da prova preconstituída*, como deve ser a prova dos factos judiciaes; a ultima é a que se refere ás condições do espaço e do tempo. Desta ultima especie, ha termos fataes, termos peremptorios, termos dilatorios e termos comminatorios; claro está que os Estados não podem alterar os termos fataes, taes como os de interposição de recursos e os de apresentação de embargos porque são fixados no interesse da ordem publica mais do que no interesse da discussão e do julgamento; quanto aos termos peremptorios, comminatorios e dilatorios, por serem estabelecidos mais pelas conveniencias da discussão e do julgamento, taes como os prazos para contestação, réplica, tréplica, razões finaes, dilações probatorias, apresentação de recursos, etc, esses prazos subordinados ás assignações, impedimentos e lançamentos judiciaes, não podem ser alterados pelos Estados, sinão naquillo que depender das circumstancias peculiares de tempo, lugar, distancias e meios de comunicação, e que ainda não esteja providenciado em leis federaes. Nem de outro modo poderá ser entendido o pensamento da Constituinte, á vista dos arts. 6.º, § 4.º, — 34, n. 23, — 35. § 1º, — 63, 65, § 2.º, 72 princ. e §§ 12, 13, 15, 16 e 31 e art 83, quer em seu espirito, quer em sua letra, como passamos a demonstrar.

V

Quem quizer acompanhar este nosso estudo — deve, antes de aventurar qualquer opinião, lêr *toda* a Constituição Federal; e, então, verificará o seguinte:

1º Não ha texto algum conferindo *expressamente* aos Estados a attribuição de legislar sobre o direito processual das justiças locais, assim como não ha *clausula expressa* negando-lhes essa attribuição;

2º O art. 34, n. 23, que os separatistas dizem ser o assento da materia, é assim concebido: “Compete *privativamente* ao Congresso Nacional legislar sobre o direito civil, commercial e criminal da Republica e o processual da justiça federal”. O adverbio — *privativamente*, que não é um termo inutil ao texto, tem o seu correlativo opposto. Por consequencia, o texto exclue a competencia dos Estados para legislar sobre o direito civil, commercial e criminal da Republica e o processual da justiça federal, mas não exclue a competencia do Congresso Nacional para legislar, posto que *não privativamente*, sobre o direito processual das justiças locais;

3º O art 6.º, § 4.º, impõe ao Governo Federal a incumbencia de — “*assegurar* a execução das leis federaes”; o art 35, § 1.º impõe ao Congresso Nacional a incumbencia de — “velar na guarda da Constituição e das leis”; o art 72 declara que “a Constituição *assegura* a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade”. Ora, si o Governo Federal, que é *poder executivo*, póde “intervir”, mesmo em negocios peculiares aos Estados”, — “para assegurar a execução das leis federaes”, com maioria de razão o Congresso Nacional, que é *poder legislativo*, póde intervir, em negocios communs a todos os individuos, determinando não só os meios ou processos para assegurar a execução das leis federaes, como para tornar uma realidade a garantia constitucional que “*assegura* a inviolabilidade dos direitos”. A Constituição, no art. 72, não se limita a reconhecer

direitos, mas *assegura* a inviolabilidade de todos os direitos; e sendo principio de hermeneutica que todas as leis se estendem a tudo aquillo que é essencial á sua intenção, seria absurdo suppor que os poderes federaes, tendo assumido a obrigação de *assegurar* os direitos, fossem despojados de dispor dos meios consentaneos e adequados a esse fim, quaes sejam as leis sobre o processo. Portanto, o direito, que pretendem dar aos Estados, de legislar *privativamente* sobre o processo das justiças locaes, é negado por clausulas *implicitamente contidas* nos arts. 6º § 4º, 35 § 1º, 72 princ., da Constituição Federal;

4º Mais se accentúa esta implícita negativa, em frente do art. 63, que é assim concebido: "Cada Estado reger-se-á pelas leis que adoptar, *respeitados os principios constitucionaes da União*. Ora, competindo á União a *garantia constitucional* de *assegurar* todos os direitos, *ipso facto* ficou conferido á União o poder e o direito de *escolher* e de *ordenar* os meios assecuatorios mais consentaneos e adequados, isto é, o poder e o direito de determinar o processo que as justiças dos Estados devem seguir para tornar-se uma realidade aquella garantia;

5º O art. 65 § 2.º mais accentúa, não só essa cumulação de attribuições da União e dos Estados, como principalmente a *supremacia* ou *preferencia* da União. Este texto constitucional não reconhece attribuições *proprias* dos Estados, mas apenas confere-lhes *faculdade*. Eis o texto: "E' *facultado* aos Estados todo e qualquer poder ou direito que lhes não fôr negado por clausula expressa ou *implicitamente contida* nas clausulas expressas da Constituição". Aliás, a *supremacia* da União, que já vem decorrendo desde o titulo primeiro da Constituição e que mais se accentúa no titulo segundo e na secção segunda do titulo quarto, determina pela natureza das cousas, que essa *faculdade* conferida aos Estados não acarreta uma cumulação simultanea, porém sim *suppletiva*;

6º Dahi decorre que os Estados não podem absolutamente legislar sobre *actos decisorios* e sómente podem legislar sobre *actos*

ordinatorios do processo, quando não houver sobre o caso lei federal, e isso apenas na parte em que estes actos, dependendo do movimento local, estiverem subordinados, para sua efficacia e razão juridica, a condições de tempo e logar peculiares a cada Estado, taes como as relativas ás distancias, aos meios de comunicação e outras semelhantes;

7º Por conseguinte, não é verdade que a Constituição Federal tenha estabelecido a multiplicidade do direito processual das justiças locais.

João Mendes Junior

DA COMPETENCIA DO ESTADO

PARA LEGISLAR SOBRE O PROCESSO DAS JUSTIÇAS LOCAES

I

Com a sua reconhecida proficiencia, que ninguem mais do que eu respeita e admira, meu illustrado collega, sr. dr. João Mendes Junior, publicou por estas columnas uma serie de artigos, para o fim de demonstrar que, em virtude de varias disposições da Constituição Federal, não podem os Estados legislar sobre o processo das justiças locaes.

Se o erudito professor tivesse sustentado a sua these em direito constituendo, affirmando que em nosso regimen politico aos Estados não se devia ter dado a faculdade de legislar sobre o processo, e que importa promover a reforma do n.º 23 do art. 34 da Constituição Nacional, não hesitaria um só momento em o applaudir sem restricções.

Mas, o douto jurisconsulto occupou-se com o direito constituido, com a interpretação de textos constitucionaes, e sua proposição final foi escripta em face do direito positivo brasileiro.

Verdade é que no desenvolvimento de sua asserção remontou aos principios que dominam a materia, e seu trabalho nessa parte foi um estudo philosophico das consequencias reputadas absurdas e perigosas que decorrem da interpretação geralmente dada ao art. 34, n. 23. Foi talvez esse fundamento capital da conclusão a que chegou.

A these do sr. dr. João Mendes Junior tem contra si o elemento grammatical, o elemento logico e o elemento historico da lei.

Pretendendo demonstrar essa verdade, para depois investigar como deve ser praticada a disposição constitucional, não me demorarei na questão de saber se as locuções — *leis substantivas e leis adjectivas, direito material e direito formal*, — têm os graves inconvenientes que se

afiguram ao meu illustrado collega. Observarei apenas que um dos nossos melhores jurisconsultos, Paula Baptista (§ 5 da *Theor. e Prat. do Proc.*), não as julga tão improprias. Continuemos todavia a usar do termo — *processo* — , de preferencia a qualquer outro.

Em um ponto preliminar não posso chegar a um accôrdo com o sr. dr. João Mendes Junior: não é possível hoje admittir o methodo escolastico.

Com raras excepções, os philosophos da nossa época condemnam a escolastica pela sua

submissão mais ou menos completa da philosophia ao dogma, pelo uso excessivo da deducção e do syllogismo, pela extrema subtileza das analyses, em geral verbaes, pela tendencia a dar realidade a meras abstracções, e a crear entidades explicativas que não explicam cousa alguma.

As suas definições e divisões, os seus categoremata e categorias, só têm o effeito de empecer, confundir, embrulhar os assumptos.

O processo analytico, o methodo de observação, dos philosophos modernos é incontestavelmente um guia muito melhor para o estudo de quaesquer questões.

Vejamos uma prova, um exemplo, uma amostra. Já que o sr. dr. João Mendes Junior tanto se preocupa, a proposito de leis substantivas e leis adjectivas, com a idéa de *substancia*, com as *substancias em potencia*, e com as *substancias em acto*, comparemos a noção de substancia que nos dá a escolastica com a noção de substancia da philosophia contemporanea.

Entre os escolasticos escolhamos um auctor muito preconizado peto meu erudito collega, Sansévérino, "*Philosophie Chrétienne*". Entre os sectarios do methodo analytico tomemos ao acaso H. Taine, "*Les Philosophes Classiques du XIX Siècle*".

Eis aqui a noção de substancia que nos dá a escolastica:

A substancia, como categoria, póde definir-se *uma coisa á qual pertence ser em si e não em uma outra*, isto é, *não em um substratum*. Para tornar clara essa noção, cumpre explicar: 1º porque a substancia não é definida um ser que é em si, mas uma coisa á qual pertence ser em si; 2º O que significam as palavras ser em si e não em outro ser. Quanto á primeira questão, é preciso notar que a substancia, como as outras categorias, é um modo especial segundo o qual uma coisa é realmente, *actu*, na natureza, e que por conseguinte não podemos concebê-la sem estas duas cousas distintas: uma coisa que existe de um certo modo, e o modo particular segundo o qual ella existe na realidade, *actu*. E' por essa razão que a substancia não deve ser definida: um ser que existe em si ou por si, para assignalar a differença entre a propria coisa e o modo como ella existe realmente, *actu*, em a natureza, isto é, entre o ser da essencia e o ser da existencia. Quanto á segunda questão, na definição de substancia as palavras *ser por si* ou *ser em si* excluem a inherencia a um *substratum*, isto é, significam que aquillo que denominamos substancia não tem seu ser em outra couza, como em seu *substratum*, mas não excluem da substancia a causa efficiente de sua existencia, ou não indicam que pertença á noção de substancia não receber seu ser de um outro ser, pois as substancias areadas recebem seu *ser* de Deus.

Ora, a coisa á qual pertence *ser em si*, e *não em outro ser*, se denomina substancia, principalmente pela razão de que ella é o *substratum* dos accidentes, e por conseguinte subsiste (*substat*) sob os accidentes. A prova de que a *substancia* é o *substratum* dos accidentes aqui está: se o *substratum* dos accidentes não fosse uma substancia, seria sem duvida um outro accidente, e como este accidente exige um *substratum* ao qual adhira, seria necessario admittir uma série indefinida de accidentes. Ora, uma tal série, segundo a confissão de todos, é um absurdo. Logo, o *substratum* dos accidentes é a substancia.

Até aqui a noção, e a explicação com que a escolastica procura tornar clara a sua noção.

Vejamos agora como Taine nos explica o que é *substancia*. É a proposito do supposto axioma, ou verdade racional, intuitiva, absoluta, innata, de que *toda qualidade supõe uma substancia*, que elle nos diz o que é *substancia*.

Que é uma substancia? Que é uma qualidade? Esta pedra é dura, branca e quadrada. O *eu* pensa, sente e quer. A pedra, o *eu*, são substancias; a dureza, a brancura, a fôrma quadrada, o pensamento, o sentimento, a vontade, são qualidades.

Reflectamos por um momento, e havemos de vêr que as qualidades são partes, elementos, aspectos, em uma palavra — abstracções, ou, mais propriamente, — abstractos da substancia, e que a substancia é o conjuncto, o todo indivisível, o dado concreto e complexo de que se extrahem as qualidades. O objecto, antes da analyse e da divisão, é a substancia; o mesmo objecto, analysado e dividido, mostramos as qualidades. A substancia é o todo, as qualidades são as partes. Tirae, ou separae, pela abstracção, todas as qualidades de um objecto, todos os seus modos de ser, todos os aspectos sob os quaes podemos encaral-o, e que restará? Absolutamente nada. A substancia não é alguma cousa real, distincta e differente de suas qualidades. É por uma illusão que nós a representamos como uma especie de sede, ou ponto de apoio, em que assentam as qualidades. A pedra figurada não é cousa alguma além da fôrma, da extensão, da duresa, da côr, das propriedades physicas e chemicas que encerra.

Não se deve dizer que ella seja a collecção das qualidades, porquanto a palavra collecção indica um todo fabricado de partes primitivamente separadas. É um conjuncto, um todo primitivo, e as qualidades nada mais são do que partes desse conjuncto separadas pela faculdade da abstracção. O principio de que toda qualidade supõe uma



substancia quer dizer que todo abstracto, toda parte, todo fragmento, ou elemento, extrahido de um dado mais complexo, suppõe esse dado mais complexo, o que é uma proposição indiscutivel.

Ahi temos uma noção clara e verdadeira do que é substancia. Desde o grão de areia até o homem, e desde o homem até Deus, a substancia é isso que tão suavemente nos explica e faz comprender um pensador apoiado no methodo analytico, no processo da observação, que não exclúe a deducção, mas que della não abusa.

Para que, pois, nos atordoarmos com o *fatras scolastique*, com esse *arsenal de palavras*, que tudo escurece, e que hoje nada adianta?

O *Philosopho* e o *Anjo da Escola*, isto é, Aristoteles e Santo Thomaz de Aquino, nenhum auxilio nos prestam para o estudo da questão de direito que nos preoccupa.

E muito menos o *Doutor Subtil*, o *Doutor Illuminado*, o *Doutor Invencivel*, e o *Doutor Seraphico*, para não fazer a menor allusão ao *Doutor Maravilhoso*, isto é, Duns Scott, Raymundo Lulle, Guilherme de Occam, S. Bôaventura e Rogerio Bacon, a famosa cohorte dos escolasticos disciplinados e indisciplinados.

Essas abantesmas da philosophia medieval dissiparam-se ha muito, desde os primeiros alvôres do seculo XVII, ao forte clarão projectado pelo genio potente de Francisco Bacon.

II

Os termos em que está redigido o n. 23 do art. 34 da Constituição Federal, o pensamento que se lê em varias outras disposições dessa lei, e o estudo das idéas dominantes sobre a diversidade das leis, ou separação do direito, na assembléa constituinte, e já antes de sua reunião, não permitem a menor duvida quanto ao principio consagrado pelo legislador brasileiro.

“Compete privativamente ao Congresso Nacional prescreve o art. 34, n.º 23, legislar sobre o direito civil, commercial e criminal, da Republica e o processual da justiça federal.”

Uma clara divisão das leis estava incontestavelmente na mente do legislador: de um lado as leis civis, commerciaes e criminaes, do outro, em opposição, as leis de processo.

Quanto ás primeiras, conferio ao Congresso Nacional o poder de as formular indistinctamente. Quanto ás segundas, subdividio-as em leis processuaes da justiça federal, e leis processuaes das justiças dos Estados, justiças reconhecidas em mais de um artigo da Constituição. Assim subdivididas as leis de processo, o legislador declarou o Congresso Nacional competente unicamente para legislar sobre o processo federal.

Mas, diz o sr. dr. João Mendes Junior, nas leis não se presumem palavras inuteis, e o abverbio *privativamente* tem o seu correlativo opposto: o texto exclúe a competencia dos Estados para legislar sobre o direito civil, commercial e criminal, da Republica, e o processo da justiça federal, mas não exclúe a competencia do Congresso Nacional para legislar, posto que não *privativamente*, sobre o processo das justiças locaes.

A competencia *privativa*, conferida pelo art. 34, está em antithese, não o contesto, com uma competencia *não privativa*; mas, os termos antitheticos são os artigos 34 e 35. No primeiro o legislador declarou o Congresso Nacional *privativamente* competente para praticar todos os actos enumerados no artigo. No segundo estatuiu:

Incumbe, outrosim, ao Congresso, *mas não privativamente*, velar na guarda da Constituição e das leis, e providenciar sobre as necessidades de character federal; animar no paiz o desenvolvimento das lettras, artes e sciencias, bem como a immigração, a agricultura, a industria e o commercio, sem privilegios que tolham a acção dos governos locaes; crear instituições de ensino superior e secundario nos Estados; provêr á instrucção secundaria no districto Federal.

A antithese está, pois, encerrada nos dois artigos 34 e 35. Limita-se a essas duas disposições. *Não privativamente* legisla o Congresso Nacional sobre os assumptos do art 35.

E' a lei que o diz expressamente.

O art 35, § 1.º, confia ao Congresso Nacional a missão de velar na guarda da Constituição e das leis. O art 72 assegura a inviolabilidade dos direitos. Deduz-se dessas disposições que, se os congressos dos Estados fizerem leis de processo ou *de organização judiciaria* (materia em que ninguém lhes nega competencia) que firam o direito civil, commercial e criminal, da Republica, ao Congresso Nacional cumpre abrogar essas leis. E' um conseqüentio logico e necessario do regimen federal, em que a soberania está encarnada na União, e os Estados apenas são autonomos.

Une conséquence nécessaire de la souveraineté de l'État fédéral est que la loi fédérale abroge par le fait même de sa promulgation toute disposition des lois d'un État particulier qui lui est contraire: Bundesrecht bricht Landesrecht, droit fédéral brise droit particulier. Cette règle, qui découle d'ailleurs nécessairement de la souveraineté de l'État fédéral, se trouve expressément formulée dans la plupart des constitutions fédérales, et son existence ne fait nul doute dans les rares constitutions qui ne la mentionnent pas expressément (Le Fur, État Fédéral, pag. 593).

Sobre esse ponto de vista, o Estado tem a sua actividade legislativa limitada tanto em relação ás leis de processo como no que concerne ás leis de organização judiciaria. A paridade é tanto mais evidente, quanto é certa a conexão, a relação de dependencia, entre essas duas especies de leis. As leis substantivas, cuja observancia a Constituição Federal nos garante, ou assegura, podem ser violadas pelo modo como se organiza o poder judiciario do Estado, ou pela natureza do processo estatuido: em uma e outra hypothese o Congresso Nacional póde e deve intervir, corrigindo os desvios da acção legislativa dos Estados.

Dahi não é permittido concluir que os Estados não tenham competencia para organizar as suas leis processuaes, pela mesma razão por que até hoje ainda ninguém concluiu, nem mesmo o meu illustre collega, que os Estados não possam legislar sobre a sua organização judiciaria.

Ter uma competencia limitada não é equivalente a não ter competencia.

Que o pensamento do legislador constituinte foi o que tem sido exposto neste artigo — podemos facilmente verificar pela leitura dos debates. Os deputados que tinham competencia para discutir este assumpto sustentavam todos a these tão brilhantemente desenvolvida pelo sr. dr. João Mendes Junior.

O sr. José Hygino em magistral discurso pedia não só a unidade das leis de processo, como a unidade da organização judiciaria, demonstrando com eloquencia os inconvenientes do regimen judiciario adoptado. ("Annaes da Constituinte", vol. 2.0, pag. 64). O sr. Amphilophio queria ao menos que as leis de processo fossem as mesmas para toda a nação. Na sessão de 8 de outubro de 1897 dizia elle.

Não conheço, em san consciencia o digo, coisa mas repugnante no terreno dos principios, attentado maior contra a logica e o pouco que o meu passado de juiz me fez conhecer do assumpto. A lei processual deve ser o reflexo da lei substantiva; naquella se devem reflectir como em um espelho sem aço todo o pensamento, espirito, intuitos e previsões desta. Uma é complemento e execução da outra. ("Diario do Congresso Nacional", de 10 de Novembro de 1897).

A todos respondeo o ministro da justiça, sr. Campos Salles, em extenso discurso, mostrando de modo muito claro que o pensamento do governo era o expressamente exarado na Constituição: dar aos Estados a faculdade de legislar sobre o processo e sobre a organização judiciaria. Foi essa a idéa que triumphou.

O systema adoptado, posto que máu, não é original. Copiou-se da Constituição Argentina, que no art. 67, § 11, dispõe, que ao Congresso Nacional compete organizar o código civil, o commercial, o penal e as leis sobre minas, naturalisação, direitos de cidadão, fallencias, falsificações de moeda e documentos publicos do Estado, e as relativas ao jury.

A Constituição de Venezuela de 1874 reproduz a disposição da Constituição Argentina (art. 13, § 22), excluindo, o que parece incrível, o direito commercial, que ficou entregue aos Estados.

O systema da nossa Constituição é, pois, o systema da Republica Argentina, onde cada provinda legisla sobre a sua organização judiciaria e sobre o seu processo. O poder legislativo nacional só tem competencia para elaborar as leis processuaes da justiça federal, o processo applicado perante os tribunaes da capital, e *alguns processos especiais* para os tribunaes das provincias.

O systema argentino foi o reputado melhor (!) por um dos escriptores que mais concorreram para a divulgação dos ideaes republicanos em nosso paiz. Lastarria termina a sua obra — *"Lecciones de Politica Positiva"* com um projecto de constituição, que denomina — *"Bosquejo de una constitucion politica arreglada á los principios y doctrinas de la ciencia"*, em cujo art 39 dá ao congresso nacional a faculdade de

hacer todas las leyes necesarias para ejercer las precedentes atribuciones y para regir el derecho comun de la Republica en lo civil y penal, menos los procedimientos juciales que son de la competencia de las asambleas de provincia.

Conclúe-se do que precede que o legislador constituinte quiz conferir, e conferio, ao Estado a faculdade de legislar sobre o processo das justiças locais, limitando essa faculdade do mesmo modo como limitou a faculdade de organizar as justiças locais. O elemento grammatical, o elemento logico e o elemento historico da lei, não auctorisam interpretação diversa.

Mas, diz o illustrado sr. dr. João Mendes Junior, e aqui está o seu argumento capital, se fosse permittido aos Estados supprimir, ou alterar, quer os actos necessarios á ordem do juizo, quer os actos necessarios ao juizo, desappareceria por esse facto a garantia constitucional da segurança dos direitos e da execução das leis federaes.

Eis um ponto que exige detido exame.

III

As garantias judiciaes, — ensina Pescatore, repetindo uma verdade incontestavel, — dependem: 1º da propria natureza e do methodo das leis civis e penaes, applicadas pelos juizes; 2.º da organização judiciaria, isto é, do complexo systematico dos tribunaes, singulares e collectivos, que concorrera para a administração da justiça; 3.º da natureza, do systema, do methodo das leis de processo, que na investigação da verdade juridica (determinação dos factos e das leis, civis e penaes, applicaveis) asseguram ás partes contendentes a contradicção reciproca, a egualdade de tractamento e a liberdade de discussão nos limites do honesto. (*Procedura Civile e Criminale*, vol., 1º, pag. 4).

Da composição dos tribunaes, dos graus de jurisdição, da distribuição das materias entre as diversas especies de juizos, dependem em grande parte a segurança dos direitos e a execução das leis. Póde organizar-se de tal modo o poder judiciario de um Estado, que o effeito das melhores leis substantivas seja annullado na pratica em virtude da viciosa constituição da judicatura.

Consequentemente, para ser coherente com suas premissas, o sr. dr. João Mendes Junior devia negar ao Estado competencia para legislar sobre a organização judiciaria.

Não o fará de certo, porque lh'o veda o texto expresso da constituição. Não deve igualmente recusar ao Estado competencia para legislar sobre o processo pela mesma razão.

Cabe aqui lembrar mais uma vez a estreita conexão, a mutua dependencia, entre o processo e a organização judiciaria. Se a Constituição tivesse outorgado ao poder federal a faculdade de instituir o processo das justças locais, os inconvenientes, as dificuldades de execução, a balburdia, seriam talvez maiores que os figurados pelo meu illustrado collega como derivados da interpretação geralmente dada ao art. 34, n. 23 da Constituição. Bastará attentar no capitulo dos recursos para descortinar as desastrosas consequencias do systema que outorga á União competencia para legislar sobre o processo, e ao Estado o poder de legislar sobre a organização judiciaria.

Mas, admittamos por um momento, e só para argumentar, que não haja relação alguma entre o direito substantivo e a organização judiciaria, e que a segurança e execução do primeiro dependam exclusivamente do direito processual

A palavra *acção* significa simultaneamente direito, remedio de direito e processo.

Empregado o termo na primeira accepção, não temos um direito diverso do que se faz valer pelo processo perante a auctoridade judiciaria. E' o mesmo direito violado que reage, que se põe em *acção*.

Legislar sobre o direito civil, commercial e criminal, é legislar sobre a *acção* nesse sentido.

A reacção do direito violado, perante a auctoridade competente e pela forma determinada pelo direito judiciario, é o meio legal de defender esse direito, de restabelecel-o, e, pois, se diz um *remedio de direito*.

O direito violado, ora reage de modo extra-legal sem fórmulas preestabelecidas pela lei, como nos casos de guerra, revolução e legítima defesa; ora reage por meio de actos que constituem o processo.

As normas jurídicas que determinam esses actos, as leis de processo, distinguem-se do direito material, porquanto, ao passo que este tem suas raízes nas condições próprias da sociedade, as leis processuais são "*prodotti totalmente intellettuali, mezzi escogitati dal legislatore allo scopo di pervenire alla più pronta scoperta e definizione dei diritti e dei doveri controversi.*" (Gabba, *Retroattività delle Leggi*, vol. 4.º, pag. 399, 3ª edição).

Combinações várias, diversos meios excogitados pelo legislador, *productos intellectuales* diferentes, podem levar-nos a resultados igualmente bons.

Não será o direito substantivo suficientemente garantido na Inglaterra, na calma, na prática, na exemplar Inglaterra, tão respeitadora de todas as leis *de direito interno*? Entretanto, nada se nos depara no processo inglês que lembre as contestações, as réplicas, as tréplicas, as alegações finais escritas, do nosso direito judiciário.

Vejamos rapidamente o que é o processo inglês perante os *tribunais de condado*. Nas questões que se decidem de acordo com a *common law*, o auctor faz inscrever sua demanda (*plaint*) em registro guardado por um funcionário que corresponde ao nosso escrivão. Essa peça do processo contém os nomes, prenomes, domicílio das partes e a indicação dos factos que originaram o processo. Se a questão é de certa importância, o auctor deposita uma declaração minuciosa de sua preterição em tantos exemplares quantos são os réus. Cita-se o réu, que recebe as cópias depositadas. Em certos casos o próprio auctor, ou seu *attorney*, pode substituir-se ao escrivão (digamos assim, na falta do termo próprio) no redigir a citação.

A citação indica o objecto da demanda, os motivos ou os fundamentos da pretensão do auctor, o dia em que o réo deve comparecer.

O réo deve comparecer á proxima audiencia do tribunal, não podendo em caso algum o prazo do comparecimento exceder a tres mezes. Se a citação lhe é feita menos de dez dias antes da audiencia, o juizo póde adiar o comparecimento do citado para a audiencia seguinte. Se o réo tem excepções a oppôr, previne por escripto ao escrivão cinco dias pelo menos antes da audiencia, e o escrivão communica-o pelo correio ao auctor. Na audiencia para a qual se fez a citação, o auctor, ou o seu *attorney*, expõe verbalmente sua pretensão; contesta o réo tambem verbalmente; apresentam-se todas as provas que os litigantes têm em seu favor, e o juiz profere a sentença. Nas questões julgadas *in equity* o processo é um pouco mais complicado, podendo o réo contestar por escripto. Ao juiz é permittido adiar o julgamento, se precisa de tempo para o estudo da questão (Glasson, *Droit et Institutions de l' Angleterre*, vol. 6.º, pag. 309).

Pelo facto de ter a Inglaterra um processo tão diverso do nosso, poder-se-á dizer que lá o direito substantivo tenha a sua applicação assegurada, e aqui não, *ou vice-versa*?

Fixa o nosso direito o prazo de dez dias para a interposição da appellação; o argentino o de cinco; o italiano o de trinta, ou de sessenta. Poder-se-á deduzir que na Italia a applicação do direito é mais assegurada do que no Brasil ou na Republica Argentina?

Porque em virtude do regul. n. 737, de 1850, foram abolidas a segunda dilação probatoria de dez dias, a terceira de cinco, e a quarta de dois e meio, que estatua a Ord., liv. 3º, tit. 20, para as acções ordinarias, poder-se-á affirmar que desapareceu a segurança dos direitos feitos valer por essas acções?

A Constituição do Imperio exigia a conciliação antes do inicio de qualquer causa sob pena de nullidade de todo o processo. O decreto de 26 de abril de 1890 aboliu essa inutilidade. Será licito increpar o legislador de 1890 de ter diminuido a segurança dos direitos e a execução das leis substantivas?

A lei de 24 de setembro de 1864 estatuiu para a cobrança das dividas hypothecarias a assignação de dez dias. A lei de 5 de outubro de 1885 substituiu a acção decendiaria pela executiva. Abalou-se por esse facto a segurança dos direitos?

O decreto de 19 de setembro de 1890 mandou applicar ás causas civeis o processo do regul. n. 737. Diminuíram-se em virtude da alteração as garantias judiciais do direito substantivo?

Os actos processuaes são *meios excogitados pelo legislador para o fim de conseguir o mais seguro e prompto conhecimento dos direitos e obrigações contravertidos*, na phrase de Gabba.

A essa proposição é possível que o sr. dr. João Mendes Junior, que em processo e pratica judicial é *maestro di color che sanno*, opponha uma contestação formal, asseverando que ella é uma aberração dos principios do direito.

No proximo artigo ha de ver o meu erudito collega que excellentes auctoridades apadrinham a minha affirmação.

IV

Para demonstrar que as modificações do processo dentro de certos limites não violam a *segurança dos direitos*, prefiro reproduzir textualmente as lições de alguns mestres a lhes resumir o pensamento.

Na melhor de suas obras, — *Le Droit Civil International* — escreveu Laurent, distinguindo os actos ordinarios dos actos decisorios:

A' primeira vista poder-se-ia suppôr que as provas constituem uma dependencia do processo. Os litigantes produzem suas provas em juizo, no curso de um processo, para o fim de esclarecer o juiz, que sobre essas provas funda a sua decisão; e é obrigado a decidir segundo as provas legais: quando mesmo tivesse conhecimento pessoal do facto litigioso, não poderia prevalecer-se desse conhecimento tomando-o para fundamento de sua decisão. Desde que o facto é legalmente provado, o juiz deve admittil-o como verdadeiro, ainda quando alimente alguma duvida a respeito. A prova, é, pois, um elemento essencial na distribuição da justiça; mas, tudo o que concerne á justiça não pertence á prova. Ha nesta materia uma distincção tradicional que serve de base á theoria geralmente adoptada para determinar a lei que regula as provas. Transcrevo o que disse Boullenois em seu Tratado da pessoalidade e realidade dos estatutos: "Denominam-se regras *ordinatorias* dos juizos (*ordinatoria judiciorum*) as que dizem respeito á instrucção do processo e ao modo de proceder das partes e dos juizes, isto é, ás *fórm*as, ás *solemnidades* do processo. Chamam-se *decisorias* as regras que servem de base á decisão do litigio (*litis decisoria*). *As fórm*as de proceder são *extranhas aos motivos de decidir*.

Essas fórm

as, ou o processo propriamente dito, variam de um paiz a outro, *pó*dem ser absolutamente diferentes, sem que taes diferenças inflúam na decisão da causa. O processo do direito canonico era todo escripto, e ainda se observa esse systema na lei prussiana, ao passo que o processo francez é oral e publico. Entretanto, os dois systemas, em questões identicas, nos levarão em regra á mesma decisão. Porque? Porque a decisão é independente do processo (vol. 8º, n. 20).

E logo em o numero seguinte: A distincção das regras *ordinatorias* e *decisorias* é capital no que toca á lei que rege o processo e á lei que rege as provas. As fórm

as de proceder mantêm uma ligação intima com o direito publico: *dependem antes de tudo da organização dos tribunaes*. Seria uma usurpação do poder soberano pretenderem os

extrangeiros que sua lei nacional regulasse as formas de proceder em um paiz em que as leis prescrevem formas totalmente diversas. Os litigantes, como diz muito bem Rocco, não têm nenhum interesse nisso; pois as diferenças de processo não influem na decisão da causa. Sem duvida o processo tem por objecto uma bôa administração da justiça, *mas diversos systemas podem conduzir ao mesmo fim*. E' inutil insistir sobre este ponto, estando todos de accôrdo, — *tout le monde étant d'accord*.

Se fizermos a distincção que nos ensina Mattiolo entre leis que se referem á essencia da prova, á sua admissibilidade em juizo, aos efeitos da mesma, ás pessoas que a devem offerecer, e leis que regulam o modo como as provas devem ser produzidas em juizo, incluindo as primeiras no direito substantivo e as segundas no processo, teremos completado a explicação de Laurent.

Asser e Rivier, distinguindo claramente os *actos ordinatorios dos decisorios*, ensinam: Os primeiros são formalidades propriamente ditas do processo, prescriptas para o fim de assegurar o andamento justo e correcto do processo, e que não exercem influencia directa sobre o conteudo da sentença. Os actos decisorios comprehendem tudo o que é preestabelecido para o fim de determinar a relação juridica que existe entre as partes, tudo o que pode consequentemente influir de modo directo sobre a decisão do processo. *As formas ordinarias são inseparaveis da natureza do tribunal, de sua competencia, do modo como deve desempenhar as suas funções*. Todos estão de accordo sobre esse ponto, — *tout de monde est d'accord sur ce point* (*Eléments de Droit International Privé*, pag. 159).

Promulgada uma lei pelo poder federal em nosso paiz, só temos direito a um processo em que se nos offereçam as garantias judiciais, e não a este ou áquelle determinado processo. E' o que explica perfeitamente Gabba: O direito adquirido ao processo tem por objecto o processo em geral, e não esta ou aquella forma de processo, este ou

aquelle acto processual. A razão é que os actos processuaes, ainda quando empregados para fazer valer direitos adquiridos, *não têm conexão substancial com esses direitos, permanecem extrinsecos, e não se podem absolutamente considerar efeitos e consequências do direito material*. Adquirindo um direito protegido pelas leis processuaes, o individuo por certo adquire ao mesmo tempo o direito de proceder em tempo opportuno judicialmente, e adquire esse direito tanto em face da pessoa obrigada, quanto em face do Estado, que organisa e regula os actos processuaes; mas, o modo de proceder, isto é, a organização e regulamentação dos actos judiciaes, compete ao Estado determinar, e não é objecto de direito adquirido em relação a outra pessoa, e muito menos em frente do Estado. O Estado regula os actos processuaes correspondentes aos varios fins juridicos a que esses actos nos levam, partindo não de uma verdadeira necessidade logica, mas da ideia de oportunidade dos meios para a consecução dos fins, e no interpretar essa oportunidade, e no determinar as fórmulas adequadas ao escopo de um dado processo, *tem um campo livre para combinações engenhosas (ha libero campo all`inventare)* e *frequentes ocasiões* de aperfeiçoamento, como acontece em todas as obras de natureza mais technica do que racional (obra citada, vol. 4º, paginas 405 e 425, 2ª edição).

Não ha, em regra, ligação necessaria entre um direito substantivo e um determinado systema de processo. O titular de um direito tem a faculdade de o fazer valer por uma acção: eis a unica relação necessaria que ha entre o direito material e o processo. Mas, qual a fórmula da acção, quaes os actos processuaes, conducentes à realização do direito material? Eis o que póde variar, desde que sejam respeitados certos principios cardeaes.

Não se póde dizer, observa Demolombe, que os indivíduos tenham tido especialmente em vista as *formalidades do processo e da execução* estatuidos pelas leis no momento em que se formáram seus direitos e obrigações (*Cours de Cod. Napol*, vol 1º, n. 59).

Dalloz já havia fornecido a base da *theoria* desenvolvida por Gabba, quando escreveu:

Em uma acção judicial, cumpre bem distinguir o que só pertence á fôrma, á instrucção, ou ao processo, e que os jurisconsultos denominam *ordinatorium litis* do que interessa ao fundo da causa, daquillo cuja omissão ou ausencia neutralisa, ou annulla a acção, e que os jurisconsultos chamam *decisorium litis*. As formalidades da primeira ordem são reguladas pela lei existente ao tempo em que a acção foi intentada; as da segunda ordem não dependem senão da lei sob cujo imperio se deu o facto de que deriva a acção. Tomemos, por exemplo, a prova testemunhal: a fôrma segundo a qual se deve proceder á audição das testemunhas é *ordinatoria litis*, e consequentemente subordinada á lei em vigor no tempo da inquirição. Mas, a questão da admissibilidade dessa prova só deve ser resolvida pela lei sob cujo imperio se adquirio a acção. Tal é a doutrina de Merlin, Favard de Langlade, Duranton e Marcadé (Rep. verb. *Lois*, n. 335).

Resalta do que fica escripto que os jurisconsultos que têm mais profundamente estudado a natureza das normas processuaes, por ocasião de analysarem os seus limites no espaço e no tempo, não vêm uma *connexão substancial*, para repetir a expressão de Gabba, entre os actos ordinatorios do processo e os direitos que se protegem por esses actos.

O direito processual tem um caracter especialmente tecnico. *Diversos productos intellectuaes, meios differentes excogitados pelo legislador*, podem levar-nos aos mesmos resultados, em geral. Essa é a opinião, explicita ou implicitamente sustentada pelos escriptores que tenho citado.

Porque, pois, affirma o sr. dr. João Mendes Junior que os Estados não têm competencia para legislar sobre os actos ordinatorios em geral, isto é, sobre os actos propriamente processuaes?

V

A Constituição Federal conferio ao Estado a faculdade de legislar sobre a organização judiciaria e o processo das justiças locais. Seria preferivel que ao Congresso Nacional fôsse dada essa attribuição.

Mas, enquanto não se reformar, o nosso direito politico positivo é o que está consagrado nos textos constitucionaes.

Não podemos dizer da nossa lei fundamental o que disse alguém da constituição, ou, mais propriamente, do direito constitucional da Inglaterra: as constituições não são feitas, fazem-se. O legislador constituinte brasileiro limitou-se a copiar varios artigos da constituição americana. A disposição que tenho procurado interpretar foi tirada, não da constituição americana, mas da argentina.

Que nos cumpre fazer, enquanto não se corrigir esse defeito da nossa organização politica? Estudar como deve ser executado o preceito constitucional.

Posto que defeituoso, o nosso systema não encerra os absurdos, nem os corollarios prejudiciaes á segurança dos direitos e á execução das leis materiaes, que suppõe o sr. dr. João Mendes Junior.

Não encerra esses absurdos, porque não se dá entre o direito substantivo e o processo a *connexão substancial* que figurou o meu illustrado collega. Segundo a doutrina ensinada por mestres auctorisados, as disposições processuaes podem variar sem que se diminua a segurança dos direitos.

Os actos ordinatorios, materia das leis processuaes, têm um character antes technico do que scientifico. Por meio de combinações várias se obtém os mesmos resultados.

Os corollarios não são tão prejudiciaes, porque em nosso regimen politico somente a União é soberana, e os Estados são autonomos. Sempre que os Estados promulgarem leis de processo, ou de organização judiciaria, em virtude das quaes, pela inobservancia dos elementos indispensaveis do processo, sejam supprimidas as garantias do direito material, á União cabe abrogar essas leis.

Isso quer dizer que ha limites á actividade legislativa dos Estados na elaboração das leis de organização judiciaria e de processo. Dentro desses limites, que não excluem uma certa amplitude, e que o proprio congresso nacional não poderia ultrapassar, os Estados têm a liberdade de escolher várias combinações processuaes.

E' o que se dá na Republica Argentina, que só tem um codigo de processo, aprovado pelo congresso nacional, para as justiças da capital, além das leis de processo federal. As provincias legislam sobre o processo dos seus tribunaes, singulares e collectivos.

Certos processos, não ha duvida, são inseparaveis das leis materiaes a que se referem. Tal é o processo de fallencia.

Não se póde contestar o que escreveo o illustrado dr. Carvalho de Mendonça na sua obra, recentemente publicada, — *Das Fallencias e dos meios preventivos da sua declaração*:

E' a fallencia, em seus traços geraes e predominantes, uma emanção de estatuto processual, um meio extraordinario de execução, um *concurso creditorum*, e o que a distingue dos meios ordinarios da execução é o seu character de universalidade e unidade, e o processo original em que se desdobra. Mas, dahi não se póde concluir que a lei de fallencias deva ser de character local, entregue á legislatura dos Estados, pois que visa proteger instituições que estão entregues á defeza e vigilancia da União; constitue um estado excepcional na ordem juridica; abrange disposições declaratorias de direitos em relação ao fallido e ás pessoas que com elle contractaram; estabelece normas para a celebração da concordata; regula os direitos dos credores e sua respectiva graduação e disciplina a rehabilitação do fallido. Separar o fundo da fórmula, para entregar aquelle á União e esta aos Estados, é demolir a instituição, pois tão entrelaçadas se acham as disposições leaes de um e de outra, que reciprocamente se completam, produzindo um só todo compacto e harmonico. Tira da lei da fallencia o rito processual, escreve Thaller, e tereis um edificio levantado no ar e sem alicerces (*parte primeira, § 3º*).

O congresso nacional da Republica Argentina, o qual tem a attribuição, expressamente conferida por um texto constitucional, de

legislar sobre fallencias, não separa as disposições processuaes das materiaes. No actual Codigo de Commercio Argentino vêm-se conjunctamente disposições de direito commercial e de processo nos artigos relativos ás fallencias.

Existem tal cohesão e immediatas relações entre as disposições de fundo e as que são reputadas processuaes, que a separação offereceria defeitos capitaes no que se póde chamar a economia da lei. Com effeito, uma vez estabelecidas as disposições geraes em materia de fallencia, determinados os extremos que a produzem, e os effeitos juridicos que de tal estado decorrem para o commerciante, para terceiros e para os actos executados depois da cessação de pagamentos, impõe-se naturalmente uma ordem immediata de disposições: que regulamentem os requisitos e as exigencias necessarias á declaração judicial do dito estado, á fôrma dessa declaração, comprehendendo todas as medidas tendentes á arrecadação de bens, nomeação de um administrador ou syndico, etc., etc. (Parecer da *Commissão de Codigos* da Camara dos Deputados Argentina).

Na propria Suissa, onde a lei de 11 de abril de 1889 regula a fallencia em toda a Confederação, os Cantões têm apenas a faculdade de organizar o processo civil brevissimo e o processo summario em materia de opposição ou de requerimento de fallencia, estando as leis que nesse sentido fizerem os Cantões *sujeitas á approvação do Conselho Federal* (Carvalho de Mendonça, ibidem).

Se ha processos, como o da fallencia, que são inseparaveis da lei material, não se póde admittir a doutrina do sr. dr. João Mendes Junior, que estende a inseparabilidade sem razão plausivel a um grande numero de processos especiaes, para não dizer a todos. E' assim que o illustrado jurisconsulto affirma que os Estados não pódem alterar os processos das acções relativas á hypotheca e á letra de cambio, porque taes processos estão ligados a essas instituições, e como que dimanam ou da sua razão de ser, ou da sua razão de existir.

A' grande maioria dos nossos jurisconsultos parece que essa opinião não tem fundamento. Quando se discutio no senado do imperio a

lei de 5 de outubro de 1885, nenhum dos projectos parlamentares que tomaram parte nos debates se lembrou de dizer que o processo executivo, estabelecido pela nova lei, era inapplicavel aos contractos já feitos a esse tempo. Os senadores que exigiram a inclusão na lei do art. 11, apenas o fizeram pela consideração de que a transformação da adjudicação forçada em adjudicação livre, ou facultativa, é materia de direito substantivo, e não de processo.

Se hoje uma lei do Estado nos fizesse regressar á acção decendiaria para a cobrança das dividas hypothecarias, quem poderia dizer que se tinha desnaturado a hypotheca por se lhe ter restituído o seu processo primitivo, o processo que já a Ord., liv. 3.º, tit. 25, havia estabelecido para as *demandas fundadas em escripturas publicas*?

Foi o proprio sr. dr. João Mendes Junior quem escreveo que as letras de cambio são cobradas em alguns paizes por acção summaria, e em outros por um processo executivo. Se o legislador do Estado, em vez da assignação de dez dias, desse ao devedor o prazo de cinco dias para oppôr seus embargos, seria licito asseverar que a instituição das letras de cambio fôra desnaturada por esse novo processo?

Ha, pois, processos especiaes, como o da fallencia, que por excepção não se pódem separar das leis materiaes. Admittidas essas excepções, a regra é a alterabilidade do processo sem prejuizo das instituições de direito substantivo.

Os Estados têm competencia, em regra, para legislar sobre o processo. Tal é a conclusão a que nos; levam as premissas lançadas nestes artigos.

Sempre que os Estados, no exercido da faculdade constitucional, ultrapassarem os limites da sua actividade legislativa, ao Congresso Nacional cumpre corrigir os vicios das leis dos Estados. Na propria Suissa, como vimos ha pouco, o Conselho Federal tem esse poder corrector.

Quanto á enumeração dos processos especiaes que o poder federal deve instituir, ninguém no Brasil mais competente para essa tarefa do que o sr. dr. João Mendes Junior, desde que se disponna a observar o preceito constitucional, em vez de o modificar pela sua interpretação.

Foi para o fim de o provocar a emprehender essa tarefa de utilidade pratica para todo o paiz, que escrevi estas notas despretenciosas.

Dr. Pedro Lessa.

A NOVA PHASE DA DOUTRINA

E

DAS LEIS DO PROCESSO BRASILEIRO

I

Não mereço os conceitos que ao meu illustre collega, o sr. dr. Pedro Lessa, approuve tirar de si e applical-os a mim. A minha these, por ser a expressão da verdade, dispensa superiores esforços; ao passo que a these contraria, conquanto galvanizada pelo seu brilhante talento, nem por isso ficou verdadeira.

O notavel professor desde logo recusou os *instrumentos de precisão*, fornecidos pela dialectica da Escola e lavrou a seguinte sentença: “Não é possível hoje admittir o methodo escolastico”. Com a devida venia, recorro para o testemunho do movimento philosophico destes ultimos annos, essa renascença que produziu os Remusat, os Saint-Hilaire, os Liberatore, os Jannet, os Grandclaude, os Tongiorgius, os Mauro, os Sanseverino, os de Broglie, os Cornoldi, os Farges, os Naville, os Fonsegrives, e outros muitos.

Em 1887, a Academia das sciencias moraes e politicas de Pariz abriu um concurso sobre a philosophia sophia de Francisco Bacon: foi premiada uma memoria escripta por Ch. Adam, a qual appareceu publicada com algumas addições. O relator da commissao que deu parecer sobre as memorias apresentadas — foi Barthélemy Saint Hilaire.

Póde-se, diz elle, com toda a imparcialidade, affirmar que Bacon, apesar do seu genio, enganou-se sobre a natureza, o objecto e a historia da philosophia, e em logica, sobre o syllogismo e a inducção, sobre o methodo, sobre o objecto da sciencia e, enfim, sobre o poder do homem... Em que consiste realmente a gloria de Bacon? Elle mesmo, no principio do quarto livro da *Instauratio magna*, se apresenta como o clarim que toca carregar, mas que não toma parte alguma na lucta.

O dr. Pedro Lessa está carregando ao toque desse clarim do seculo XVII; e, por isso, está surdo ao despertar philosophico destes ultimos annos, ao sempre crescente desenvolvimento da Escola, não só em Roma, como em Bolonha, como nos grandes centros intellectuaes de Portugal, da Hespanha, da França, da Belgica, da Allemanha e da propria Inglaterra, ao grande numero de obras, revistas, jornaes, academias, que hoje se orientam pelos principios de Aristoteles e de Santo Thomaz de Aquino. Observe o illustre professor si essa grande philosophia, que apaixonou o genio de Dante, pode corresponder aos dados modernos das sciencias experimentaes; e, estou bem certo, responderá como Cornoldi:

Digo. francamente que esta philosophia póde, e é a *única que póde*, dar uma explicação raciocinada de todas as descobertas experimentaes... Esta philosophia, que tem por si a consagração de vinte seculos, durante os quaes foi ensinada pelos mais sublimes genios, começou com Socrates, Platão e Aristoteles, satisfez as intelligencias de um Cicero, de um Santo Agostinho, de um Alberto o Grande, de um Santo Thomaz de Aquino, de um S. Boaventura, de um Duns Scott, de um Raymundo Lulle, de um Guilherme de Ockam, de um Abelardo, de um S. João Damasceno, de um Dante, de um Belarmino, de um Suarez, de um Bossuet, de um Leibnitz, de um Gerson e de tantos outros.

Por fim, observe o illustre professor a Escola a que pertenceram Heinnecio, Vinnio, Strykio e Boehmero, e a que se filiaram os tratadistas e praxistas reinicolas e os nossos mais notaveis jurisconsultos patrios: Moraes dividiu o exame das nullidades dos contractos e dos instrumentos em quatro partes, tendo em vista as causas material, efficiente, formal e final, conforme a classificação da Escola; Guerreiro escreveu um tratado de Ethica escolastica, sob titulo *Escola Moral*; Mendes a Castro, Gomes, Vanguerve, a cada passo, se referem á Escola e á sua terminologia; Mello Freire, Pereira e Souza e o proprio Almeida e Souza eram escolasticos; o nosso saudoso Teixeira de Freitas, na sua monumental introdução á *Consolidação das Leis Civis*, deixou, na technica que emprega, o cunho da mais rigorosa subordinação ao methodo escolastico; os nossos jurisconsultos são, em geral, escolasticos, sem que ficassem acobardados por aquella nota dos

Estatutos de Coimbra, pela qual o poderoso ministro Pombal denominava a Escolastica — *philosophia dos arabes*. Em summa, as obras modernas, em geral, vão buscar no Philosopho as primeiras noções e no Anjo da Escola as definições: Carrara vae buscar na Escola o seu methodo ontologico para a analyse do crime; Puglia, apesar de todo o seu positivismo, empenhado em definir o crime, recorre, não a Francisco Bacon, mas a Santo Thomaz de Aquino. Emfim, a Escolastica será a philosophia do seculo XX; pois, funda-se não no methodo exclusivamente empirico, que despreza a investigação das causas dos factos conhecidos pela observação, mas no methodo verdadeiramente experimental, no methodo que não se funda exclusivamente na observação, mas que tira a contraprova da exactidão das observações, começando pela analyse e terminando pela synthese, *ut a sensibus inchoetur et ab intellectu perficiatur*, na phrase de Santo Agostinho.

E tão grande é a superioridade do methodo escolastico que, mediante este methodo, torna-se evidente o erro daquelles que, como Taine, dizem que a substancia é o conjuncto das qualidades e que a substancia não é alguma cousa real, distincta de suas qualidades. E' o mesmo erro de Bayle e de Locke, erro a que Leibnitz assim se referia: "Até hoje acreditou-se que a substancia permanece e que os accidentes mudam e os argumentos que tenho lido, não provam o contrario". A proposito, diz Cornoldi:

A experiencia intima de cada homem mostra essa distincção. Quando eu pergunto: *Que é isto?* — eu espero que se me designe a substancia; e, portanto, não se me responderá — *E' branco, E' preto, E' redondo, E' quadrado*, mas se me responderá — *E' um homem, E' uma pedra, E' um leão, E' este jornal, E' esta mesa*. Pedro, esta mesa, este jornal — são substancias, porque não necessitam existir em um outro ser como em um sujeito, isto é, existem em si mesmos; ao contrario, a côr, a figura, a dor, o prazer, o pensamento, para que existam, necessariamente estarão em outro ser como em um sujeito.

E só neste sentido foi a analogia de Bentham, porque, de outro modo, acceita a noção de Bayle, Locke e Taine, então é que tal

analogia perderia qualquer atribuição ou proporção que a legitimasse, visto que semelhante noção faz desaparecer qualquer diferença entre a substancia e os accidentes.

Quando assignalámos o vicio da nimia extensão dada a locuções analogicas, quizemos mostrar o perigo dos termos equivocos: assim, por exemplo, uma lei sobre a litis-contestação é substantiva ou adjectiva, material ou formal? Si me dizeis que é substantiva, responderei que a litis-contestação existe no processo como em um sujeito e, portanto, não é substancia; si me dizeis que é adjectiva, responderei que a litis-contestação é um contracto que, comquanto resulte de actos do processo, não é acto do processo, e, portanto, a natureza e effeitos da litis-contestação não podem ser determinados por leis de processo; si me dizeis que é material, responderei que, sob certo ponto de vista, a litis-contestação é uma forma do contencioso da demanda ; si me dizeis que é formal, responderei que a litis-contestação, precisando os factos e o direito sobre que versa o litigio, é a materia *circa quam* da prova e do julgamento. Muitas outras confusões decorrem, como têm decorrido, da nimia extensão dessa analogia: não ha muitos dias, surgiu discussão, mesmo na Camara dos Deputados deste Estado, sobre a arrematação e a adjudicação, dizendo uns que estes actos, comquanto de *processo*, são de *direito substantivo*, como effeitos da coisa julgada ou da falta de cumprimento da obrigação juridica. Bentham, vendo a distincção ontologica entre a substancia e os accidentes, distincção que se reproduz na grammatica entre os substantivos e os adjectivos, aproveitou a analogia apenas para distinguir as leis que regulam relações de direito, das leis do processo; mas, os nossos separatistas, abusando dessa analogia, cogitaram, não sómente de *distinguir*, mas de *separar* estas daquellas. Ora, isto é muitas vezes impossivel, porque ha *processos*, *actos do processo* e até *termos do processo*, que, comquanto *adjectivos* ou accidentes, não deixam de ser da essencia das relações de direito, ou como modo de ser, ou como modo de operar. Accresce que, por considerações, si não de ordem ontologica, ao menos de ordem publica, ha processos, principalmente entre

os processos extrajudiciaes (escripturas publicas, instrumentos publicos de protesto de letras, registros, etc.), e entre os judiciaes, taes como a fallencia, as insinuações, etc, que ou são da substancia de alguns contractos, ou são essenciaes para determinados effeitos. Por isso, quizemos deixar bem determinados os limites da analogia de Bentham: o accidente não é um correlativo opposto á essencia e sim á substancia; e, por conseguinte, assim como o adjectivo muitas vezes é da essencia do substantivo, assim tambem ha *processos, actos do processo e termos do processo*, tão *essenciaes* ás relações de direito e ás leis que as regulam, que ou não podem ser dellas separados, ou quando possam sel-o, a separação deve subordinar-se aos mesmos principios que legitimam aquellas relações e aquellas leis.

II

A redacção do art. 34 n. 23 da Constituição Federal, o pensamento expresso em outras disposições da mesma Constituição, — não permittem a menor duvida quanto aos seguintes principios consagrados naquelle documento politico:

1.º Soberania da União e autonomia dos Estados;

2.º Attribuições privativas da União, quer no tocante á organização federal, quer no tocante, ás relações exteriores da nação, quer no tocante á determinação de direitos politicos e individuaes, quer no tocante á administração da justiça federal;

3.º Attribuições privativas dos Estados somente quanto á sua organização politica e administrativa e quanto a assumptos de seu peculiar interesse;

4.º Attribuições cumulativas da União e dos Estados no tocante á garantia dos direitos politicos e individuaes e á execução das leis federaes que os determinam;

5.º O exercício dessas attribuições cumulativas por parte da União é uma *competencia*, ao passo que por parte dos Estados decorre de uma *faculdade*.

Quanto ás idéas dominantes, na assembléa constituinte, sobre a separação do direito, perdôe-me o il-lustre collega, sr. dr. Pedro Lessa, lembrar-lhe aquelle trecho de Berriat Saint-Prix, na sua *Logica Juridica*:

“As inducções tiradas dos trabalhos preparatorios são, em geral, fracas, sobretudo quando não são coherentes com a redacção definitiva.”

Os trabalhos preparatorios, as discussões, o historico da elaboração da lei, tudo isso, não ha duvida, póde esclarecer e explicar o pensamento do legislador; mas, quando aquelles trabalhos, essas discussões, este historico, forem mais confusos e mais vagos do que o texto da lei, longe de esclarecer, mais obscurecem (Deslisle, *Interpret. des lois*, § 188). Ora, não ha quem ignore que, na Constituinte Republicana, havia um partido forte, cujo empenho era conter, si não fosse possivel nas discussões, ao menos na redacção da lei constitucional, as tendencias separatistas do grupo exaltado: eis, por exemplo, como se explica o facto de, somente depois de approvada a redacção da Constituição; o sr. Ruy Barbosa, que tomou parte nos trabalhos preparatorios, desvendar a *funesta ilusão da soberania dos Estados* eis, por exemplo, como se explica o facto de ter tido o sr. Prudente de Moraes necessidade de firmar, no seu manifesto de 1897, a soberania da União e apenas a autonomia dos Estados; assim tambem se explica a attitude assumida pelos srs. José Hygino e outros que, somente por occasião de discutir-se a redacção final da Constituição, deram como comprehendida no art. 34 n. 23 a attribuição de legislar sobre fallencias, sem distinguir entre as regras relativas á determinação do estado do fallido e o processo da fallencia. Os srs. Amphilophio, Paranhos Montenegro e outros que posteriormente atacaram mais energicamente a separação das leis, nenhum delles affirmou categoricamente a *competencia privativa* dos Estados para legislar sobre o processo das justiças locaes: elles atacaram

essa *faculdade* dada aos Estados de legislar sobre o processo; mas, si tivessem affirmado *competencia privativa*, nem por isso ficaria alterado o sentido do texto. O sr. Coelho Rodrigues, na exposição de motivos sobre o seu projecto do Código Civil, declara expressamente que, estabelecendo regras de processo, *não exorbitaria*. Lembre-se o illustre collega que, naquelles tempos da Constituinte, ninguém ousaria dizer que a Constituição Federal negou a soberania dos Estados; lembre-se o illustre collega que, então, nenhum republicano ousaria contestar a soberania dos Estados, sem incorrer em suspeita: o deputado dr. Pedro Lessa, em pessoa, em corpo e alma, discutiu e votou a Constituição deste Estado, na qual se lê o seguinte:

O Estado de S. Paulo, parte integrante da Republica dos Estados-Unidos do Brasil, constitue-se autonomo e *soberano*. Entretanto, agora, o publicista, dr. Pedro Lessa, affirma, e muito bem, que “no regimen federal a soberania está encarnada na União e os Estados são apenas autonomos.

Que valor, portanto, dar a esse elemento historico?

As disposições da Constituição Argentina e da Constituição de Venezuela, citadas pelo illustre collega, não são *fontes* do art. 34 n. 23 da nossa Constituição, tanto assim que a redacção é muito e muito differente; a theoria de Lastarria não serviu de guia aos redactores da Constituição: basta comparar os textos. O *argumento de fonte*, como se diz em hermeneutica, só procede quando o legislador reproduz o texto comparado; si houve alteração, o argumento é até contraproducente, porque indica, ou que o legislador não conhecia o texto alludido, ou que propositalmente quiz affastar-se d'elle. A verdade é que, nos pontos principaes, maximè no tocante á extensão dos poderes e direitos conferidos aos Estados, — nenhuma das Constituições das republicas americanas pôde ser invocada como fonte da nossa: basta considerar que a redacção do art 10 do Acto Adicional á Constituição dos Estados-Unidos da America do Norte, nem essa redacção foi acceita; isto é, — a nossa Constituinte não quiz que os poderes não interdictos aos Estados — lhes fossem “reservados,” e sim que lhes fossem apenas — “facultados”.

O sr. dr. Pedro Lessa não contesta que o art 34 da Constituição Federal, referindo-se á competencia *privativa* do Congresso Nacional, *ipso facto* impõe a existencia de attribuições *cumulativas*, ou antes, *não privativas*; mas, para evitar a rigorosa consequencia que dahi deveria tirar, o illustre professor affirma que essas attribuições *não privativas* são somente as que se acham expressas no art 35. Nego o supposto; essa affirmativa é uma petição de principio, que não resiste ás seguintes considerações:

1.º A enumeração de attribuições não exclue outras não enumeradas sinão quando são contrarias estas e aquellas. O art 35 limita-se a indicar, não attribuições estritamente legislativas, mas attribuições conservadoras e administrativas que, como o collega bem sabe (e cabe aqui retorquir-lhe o *maestro di color che sanno*),— costumam ser exercidas pelo poder legislativo; ora, o art. 34 contém tambem attribuições estritamente legislativas, entre as quaes a do n. 23. Como, pois, quer o collega que o art. 35 seja a completa e unica antithese do art. 34? Como, pois, quer o collega achar exclusão entre attribuições de especie differente?

2.º O art 35 diz:

Incumbe, outrosim, ao Congresso, mas não privativamente — velar na guarda da Constituição e das leis e providenciar sobre as necessidades de character federal, — animar no paiz o desenvolvimento das letras, artes e sciencias, bem como a, immigração, a agricultura, a industria e o commercio, sem privilegios que tolham a acção dos governos locaes, — crear instituições de ensino superior e secundario nos Estados, — e prover á instrucção secundaria no Districto Federal. Ora, preste-se attenção aos termos do artigo e vêr-se-á que ha alli apenas uma *indicação*, mais de *encargos* que *incumbem*, do que de *poderes* que *competem*, isto é, uma indicação de attribuições que incumbem ao Congresso Nacional, assim como ao Governo Federal, assim como aos Estados; não ha, porém, uma especificação de todas as attribuições que, por legitima deducção dos outros textos, competem não privativamente ao Congresso Nacional; nem o texto diz que somente aquellas attribuições sejam as que incumbem não privativamente ao Congresso Nacional;

3.º Tanto não é lícito considerar, como *unicas* atribuições não privativas do Congresso Nacional, *sómente* aquellas que se acham expressas no art 35, — quanto é certo que o art 65 § 2.º supõe poderes e direitos não só em clausulas expressas, como em clausulas *implicitas* da Constituição. Nenhum artigo da Constituição especifica atribuições dos Estados, no tocante aos direitos individuaes, quer quanto a declaração, quer quanto ao processo para garantil-os. O art. 63 refere-se claramente ao modo pelo qual cada Estado — “reger-se-á”, isto é, á organização politica e administrativa; o art. 64 refere-se a minas, terras devolutas e domínio; o art. 65, longe de dar aos Estados uma *competencia privativa*, ao contrario dá-lhes expressamente simples *faculdades*, ibi — “E facultado aos Estados...”

4.º Ou os Estados exercem estas atribuições *omni ac soli* e, então, não seria simplesmente uma *faculdade*, o que repugna ao texto muito e muito expresso do art. 65; ou os Estados exercem estas atribuições *omni et non soli* e então, teríamos o absurdo da cumulação simultanea neste assumpto; ou os Estados exercem estas atribuições *soli sed non omni*, e então, é força reconhecer que ha regras do processo das justiças locais que podem ser estabelecidas pelo Congresso Nacional o que, portanto, aos Estados não foi conferida a atribuição *privativa* de legislar sobre o processo da justiça local.

5.º Ora, tractando-se de atribuições cumulativas, que não pódem ser *simultaneamente* exercidas, só restam dois modos de exercel-as: ou *alternativamente*, ou *suppletivamente*. Seria um paradoxo suppor que possam as atribuições da União e dos Estados ser exercidas *alternativamente*. Logo, devem ser exercidas *suppletivamente*. E, como a União, como *soberana*, tem a preeminencia, os Estados só podem exercer taes atribuições naquillo que não tiver sido providenciado pela União. Por conseguinte, em materia de processo, os Estados não podem legislar sobre *actos decisorios*, visto que estes, por sua natureza, affectam a propria relação de direito; e, quanto aos *actos ordinatorios*, somente podem legislar, quando não houver sobre o caso lei federal e apenas na

parte em que estes actos, dependendo de movimento local, estiverem subordinados, para sua efficacia e razão juridica, a condições peculiares a cada Estado, taes como as distancias, meios de communicação, etc.

Mas, dirá o sr. dr. Pedro Lessa, a mutua dependencia, a estreita connexão entre o processo e a organização judiciaria, podem impor ao Estado condições peculiares taes e tantas que a excepção póde-se transformar em regra. No seguinte artigo apreciaremos a questão tambem por esse lado.

III

O sr. dr. Pedro Lessa expõe o seguinte argumento:

Póde organizar-se de tal modo o poder judiciario de um Estado, que o effeito das melhores leis substantivas seja annullado na pratica em virtude da viciosa constituição da judicatura. Consequentemente, para ser coerente com suas premissas, o sr. dr. João Mendes Junior devia negar ao Estado competencia para legislar sobre a organização judiciaria. Não o fará de certo, porque lh'o veda o texto expresso da Constituição. Não deve igualmente recusar ao Estado competencia para legislar sobre o processo pela mesma razão.

Não nego aos Estados competencia privativa para legislar sobre organização judiciaria, porque essa negativa me é vedada pelo texto expresso da Constituição. A mesma rasão, porém, não prevalece em relação ao processo; isto é, nego ao Estado competencia privativa para legislar sobre o processo, porque essa negativa não me é vedada por texto algum da Constituição. Por outra: affirmo que essa competencia dos Estados, para legislar sobre a organização judiciaria, é um perigo, é um grande inconveniente, cujas consequencias já têm sido sentidas; mas, infelizmente, é uma attribuição privativamente conferida aos Estados pelo art 63 da Constituição. Por outra: affirmo que a competencia dos Estados, para legislar sobre o processo da justiça local, seria um perigo, um grande inconveniente, cujas consequencias já se podem avaliar por algumas exorbitancias praticadas pelos Estados; mas, felizmente, não é uma

atribuição *privativamente* conferida aos Estados e, ao contrario, é uma atribuição *simplesmente suppletiva*.

Temos uma outra distincção a fazer. A Constituição dá aos Estados a competencia *privativa* para legislar sobre a organização judiciaria, mas competencia *limitada*. Por outra: a competencia dos Estados para legislar sobre organização judiciaria, comquanto *privativa*, é *limitada* pelos princípios constitucionaes da União; ao passo que a *faculdade*, conferida aos Estados, de legislar sobre o processo da justiça local, além de *não ser privativa*, é ainda *limitada* por esses mesmos princípios constitucionaes.

Mas, accrescenta o sr. dr. Pedro Lessa, — si a

Constituição tivesse outorgado ao poder federal a faculdade de instituir o processo das justiças locais, os inconvenientes, as dificuldades de execução, a balburdia, seriam talvez maiores que os figurados como derivados da interpretação geralmente dada ao art 34, n. 23, da Constituição.

Já vimos que a competencia dos Estados para legislar sobre a organização judiciaria, comquanto *privativa*, é limitada, nos termos do art 63 da Constituição, pelo respeito aos princípios constitucionaes da União. Assim, os Estados não podem organizar as justiças locais de modo a diminuir as garantias constitucionaes da segurança dos direitos e da execução das leis civis, commerciaes e criminaes; ahi está o *primeiro limite*. E como as leis civis, commerciaes e criminaes só podem ser realizadas por meio da *acção*, ou voluntaria ou contenciosa, segue-se que a organização judiciaria terá de accommodar-se a esta *acção*, quer quanto á *qualidade dos actos*, quer quanto á *quantidade dos actos*, quer quanto á *relação entre esses actos e a lei civil, commercial ou criminal*; e, accommodando-se a essa *acção* sob estas tres categorias, terá de dispôr orgams e funcções de modo que os *actos procedam uns dos outros, em tempo, espaço, situação e maneira de ser convenientes*: ahi está o *segundo limite*.

Digo francamente que, a meu vêr não é o processo que se ha de accommodar ás organizações judiciais dos Estados, mas é a organização judicial de cada Estado que se ha de accommodar ao processo, não só quanto aos *actos decisorios*, visto que estes affectam a propria relação de direito, como quanto aos *actos ordinatorios*, visto que estes affectam o *direito de acção*. Assim é segundo o espirito da propria Constituição Federal, que, mais de uma vez, suppõe principios organicos, dos quaes os Estados, certamente, não se podem affastar sem diminuição das garantias constitucionaes da segurança dos direitos: por exemplo, nos arts. 59 e 72, suppõe uma "*ultima instancia* das justiças dos Estados" e "todos os recursos"; no art. 72 §§ 14 e 16 suppõe o processo da formação da culpa e o processo do plenário, sendo que, no § 31, mantêm a instituição do jury. Em todo o caso, a Constituição suppõe um *processo* das justiças locais; suppondo um *processo*, suppõe *actos ordenados, que procedem uns dos outros*, decorrendo da natureza da *acção*, *actos* esses que, si podem variar quanto á forma extrínseca, não o podem quanto á forma intrínseca, visto que, por exemplo, a *proposição da acção* e *citação*, a *contrariedade*, a *réplica* e a *tréplica*, *actos* do processo ordinario, decorrem *naturalmente* da *acção judicial*, esses *actos*, além disso, são, sob certo ponto de vista, não sómente *actos ordinatorios* do processo, mas *elementos do contracto* denominado *litis-contestação*, cuja natureza e efeitos affectam a propria relação de direito.

O illustre sr. dr. Pedro Lessa affirma, em absoluto, que os *actos do processo* são *productos intellectuales* diferentes. Perdõe-me dizer-lhe que ha nisso uma confusão: os *actos do processo*, em sua fórmula intrínseca, decorrem da natureza da *acção judicial* e, por isso, ou não variam, ou só variam si variar a *acção*, ou então, variam apenas em sua fórmula extrínseca,¹

¹ Podem haver muitas variantes nos processos dos diferentes paizes, em que prevalece o debate oral, mas, os *actos* da contestação da lide, os *actos* probatorios, os *actos* decisorios e os *actos* da execução—sempre apparecem com a mesma essencia. Assim: no processo ordinario francez vemos o *ajournement*, a *constitution d'avoués*, a *mise au rôle*, as *defenses*, a *reponse*, as *exceptions*, as *preuves*, os *incidents*, o *avenir*, as *conclusions*, os *plaidoiries*, o *deliberé*, o *jugement*; no processo formal italiano, a

Agere et pati recipiunt contrarietatem et contentionem et remissionem, diz o Philosopho: e para corresponder a este principio geral, é que os nossos legisladores já encontraram a *acção* produzindo a *contestação*, a *réplica* e a *tréplica*, para, com estes actos, se constituir a verdadeira *litis-contestação*.

Vamos ver, por exemplo, no processo inglez, os actos que correspondem á *contestação*, á *réplica*, á *tréplica*, em summa, os elementos de *litis-contestação*. Refiro-me ao processo inglez, porque foi apresentado para termo de comparação; mas, devo dizer que, não no processo das *côrtes de condado*, que são cortes para pequenas demandas, e sim no processo da *Common Pleas*, fundido na secção do *Queen's Bench* desde o *act* de 1873, devemos procurar o typo do processo correspondente ao nosso processo ordinario. Póde o illustre collega conferir as notas de Alexandre Ribot e a traducção do citado *act* de 5 de agosto de 1873, no *Annuaire de legisl. étrangère*, assim como póde tambem conferir a obra de Franqueville, *Inst. Judic, de l'Angleterre*, II, pag. 91 e seguintes: verá que, no processo inglez, mais do que em

citazione, a *costituzione dei procuratori*, a *inscrizione a ruolo*, as *comparse*, os *incidenti*, as *excezioni*, as *prove*, as *conclusioni*, a *discussione orale* e a *sentenza*. Quanto ao processo allemão, promulgado em 1877, o novo Codigo decide que o debate é tambem oral, de sorte que o juiz não pode e não deve estatuir sinão sobre as condições e meios produzidos de viva voz na audiencia pelas partes ou por seus advogados-solicitadores; mas em todo o caso, a *ladung* (citação), a *klages-chrift* (memoria introductiva da instancia), as *vorbereitende Schriftsaetze* (escriptos preparatorios) preparam o debate e foram mantidos.

Em summa, confira-se a nota de DUBARLE ao art. 119 do Cod. do Processo Allemão, nota em que elle compara os processos allemão, francez, italiano e suiso e donde resultam differenças na fôrma extrinseca, mas uma certa semelhança nos actos determinadores do caso em litigio, nos actos probatorios, nos actos decisorios e nos actos da execução. Ha variantes; mas, essas variantes existem pela mesma razão por que variam tambem as leis civis, commerciaes e criminaes.

As variantes nos processos da instrucção por escripto, summario e no executivo francez, assim como no processo summario e no executivo italiano, assim como nos processos perante os tribunaes de bailiado, no *Mandatprozess*, e no *Mahnverfahren* e na *Executionsprozess* do Codigo Allemão,—tambem não autorisam a conclusão arbitraria do sr. dr. Pedro Lessa.

Por outra, seja qual for o processo: si ha somente *provas casuaes*— a *acção* e iniciada pela *citação*; si se trata de *facto permanente*, a *acção* é iniciada por um *preceito* ou *notificação*; si se trata de *prova preconstituída*, ou a *acção* inicia-se por uma *citação para embargar a prova*, ou inicia-se pela *penhora executiva*, si o instrumento é garantido por esse privilegio. Os outros *actos da causa* e do juizo permanecem em sua fôrma intrinseca, variando apenas os termos do movimento, naquillo que não affecta as partes essenciaes do processo, e diversificando a forma extrinseca segundo a lingua e o estylo do fôro de cada paiz.

qualquer outro, ha um respeito pronunciado por esses *actos ordinatorios*, mesmo porque, havendo a faculdade de requerer o *jury civil*, a necessidade de separar o *facto* e o *direito* e de reduzir todo o processo a questões simples ou mesmo, as mais das vezes, a uma questão unica, deu nascimento a uma arte muito subtil, muito engenhosa, conhecida sob o nome de *science of special pleadings*, que os inglezes tiveram de regular pelo citado *act* de 1873. Os *pleadings* constam: do *statement of claim*, que corresponde ao nosso libello ou proposição da acção; do *statement of defence*, que corresponde á contestação, e que se faz ou por negação dos factos (*traverse*), ou admittindo os factos e negando as consequencias juridicas pretendidas pelo auctor (*demurrer*), ou admittindo os factos e affirmando outros que annullam as consequencias ou modificam o aspecto da questão (*avoidance*); a réplica (*joinder of issue*); e a tréplica (*rejoinder*). Ora, eis ahi tem o illustre collega os *mesmos actos ordinatorios* em sua *fórma intrínseca*, variando apenas na *forma extrínseca*. Assim é em Portugal, em Hespanha, na Italia, na França, na Allemanha, em summa, em todos os paizes civilizados. Estes actos decorrem da natureza da acção ordinaria, sendo que todos elles são necessarios á fixação do ponto litigioso, isto é, a *proposição da acção* e a *contestação*, como de necessidade absoluta, e os dois outros, a *réplica* e a *tréplica*, como de necessidade relativa. Do mesmo modo concorrem, como elementos da *litis-contestação*, a *reconvenção*, a *auctoria*, a *assistencia* e a *oposição*; e, como estes incidentes, as *excepções*, que os praxistas definem — *jus excludendi*, são de defeza natural E não só os actos necessarios á *litis contestação*, como os actos necessarios á *prova*, como os actos necessarios ao *julgamento*, como os actos necessarios á *execução*, esses actos não são um producto *arbitrario* da imaginação dos praxistas e legisladores; tanto assim que, sempre que o legislador cogitou de supprimir algum delles, teve logo de restabelecel-o, como aconteceu com a *réplica* e a *tréplica*, que, abolidas pelo art. 14 da Disposição

Provisoria, tiveram de ser restabelecidas pelo art. 120 da Lei de 3 de dezembro de 1841.¹

¹HERING, Espir. do Dir. Rom., IH, § 56, assignala que o primeiro principio da forma das *legis actiones* era a correspondencia da formula com os termos da lei applicada por ella. Esta concordancia se estendia mesmo aos nomes das acções, por exemplo, *act. de tigno juncto, membro rupto, glande legenda, arborum furtim coesarum*, etc. “A formula era, por assim dizer, a incarnação judiciaria da lei, isto é, a propria lei, tomando uma forma e vida concretas e entrando em liça contra aquelle que a violou (*actio-legis*) Esta referencia á lei, condição formal do acto do processo, tem por fim ligar o juiz á lei, forçal-o a ser claro, impor-lhe mecanicamente a imparcialidade”.

O systema das *legis actiones* era uma barreira opposta á jurisprudencia e ao Pretor. O principio—*Nulla actio sine lege*, observado com *nimia subtilitas* dos antigos juristas, occasionou a reacção e o apparecimento do *processo formulario*; mas, então, nem por isso o processo tornou-se independente da lei, porquanto o Pretor, que dera a formula, tornou-se legislador. “O character formalista do *processo formulario* nada cede ao do processo antigo. N’um, como no outro, cada acção tem a sua formula... Sim, o processo antigo expunha a maiores perigos; mas, nem por isso, desapareceu o rigor do formalismo. A palavra escripta substituiu a palavra fallada; o Pretor tomou o lugar das partes. O enunciado invariavel do pedido, o acto o mais perigoso de todo o processo, foi mudado de lugar na ordem dos actos: emquanto que a formula começava o processo antigo, ella não apparece no *processo formulario* sinão depois que um debate minucioso illumina o ponto litigioso: retardava-se assim o perigo de um erro na redacção da formula”. Para esse effeito, á acção do autor correspondia a acção do réo, isto é: a *intentio* do autor era *um direito* e a *exceptio* do réo, para excluir esta *intentio*, era tambem um direito. A *intentio* era uma condição affirmativa da formula. Si PARET, a *exceptio* era uma condição negativa, Si NON, SI NIHIL.. A réplica (*replicatio*) é a excepção do autor contra a do réo; e assim em seguida a duplica (*duplicatio*), a tréplica (*triplicatio*), etc. Estas partes accessorias das *formulas*, que se chamavam *adjectiones* (inclusive as *praescriptiones* e os *praejudicia* que, ás vezes precediam a *formula*)—foram, nas mãos do Pretor, outros tantos meios de corrigir o rigor do direito civil. A *formula*, como se sabe, era composta, em regra, de quatro partes principaes: a *demonstratio*, a *intentio*, a *condemnatio* e a *adjudicatio*; e as *adjectiones*, ou partes accessorias, taes como a *exceptio*, a *replicatio*, a *duplicatio*, a *triplicatio*, etc. eram acrescentadas, ou á *intentio*, ou á *condemnatio*. Em summa, a *formula* principiava com a instituição do juiz: JUDEX ESTO; depois vinham as *praejudicia* e as *praescriptiones*, si havia; e depois as partes principaes e as *adjectiones* supra referidas.

Com o processo extraordinario, a antiga *in jus vocatio*, que já tinha sido substituida pelo *vadimonium*, passou a ser feita por uma notificação por intermedio da autoridade publica e depois pela citação, feita por um *executor* ou *viator*, e consistente na comunicação da sciencia do *libellum conventionis*. Perante o magistrado ou juiz (não se distinguem mais)—os pontos de direito eram debatidos conjunctamente com as questões de facto, de sorte que havia ainda a *formula* da acção, mas em vez de ser dada pelo juiz, era constituida pelas partes; e, então, a *litis-contestatio*, que antes encerrava o processo *in jure*, passou a ser o acto destinado a lixar as pretenções respectivas das partes. O julgamento era redigido por escripto, transcripto nos registros, e intimado ás partes com um extracto summario do processo.

Qualquer, pois, que seja o systema de processo, ha actos essenciaes que formam o direito de pedir, o direito de defeza, a prova, o julgamento e a execução; e si, no regimen do processo extraordinario, a *formula* deixou de ser dada pelo Pretor, nem por isso desapareceu a *formula*, porque esta passou a ser feita pelas partes, com a *demonstratio*, a *intentio* e o pedido de *condemnatio*, no *libellum conventionis*, pedido este que se fundava e se deve fundar sempre na *lei*. A lei é sempre, em todos os systemas de processo, a materia *circa quam* dos actos processuaes.

O sr. dr. Pedro Lessa refere-se ao processo preliminar da conciliação, hoje facultativo e antes obrigatorio, e ao processo hypothecario, antes decendario e hoje executivo. Esses exemplos são contraproducentes: si os Estados pudessem restabelecer a conciliação obrigatoria, como preliminar indispensavel, nem legislariam sobre actos do processo, mas sobre um *termo prejudicial*, que o legislador civil, considerando como um direito, reconheceu que podia ser *livremente* e não obrigatoriamente exercido; si os Estados pudessem alterar o processo hypothecario, affastar-se-iam dos intuitos do legislador civil que, por considerações de ordem economica, annexou á instituição da hypotheca o processo executivo, não só como *modo de operar*, mas como *modo de ser* do credito real; ¹si os Estados determinassem os casos em que é lícito proceder extraordinariamente e os modos de proceder, affectariam, não

¹Seria mais logico admittir que os Estados pudessem augmentar garantias, por exemplo, conceder o executivo a títulos não especificados nas leis civis; mas, *diminuir garantias*, isso NUNCA. Assim, os Estados não podem despir a hypotheca do processo executivo.

O art. 706 do novo Codigo do Processo Alemão preveniu assim este ponto: “O poder legislativo de cada Estado do Imperio terá a faculdade de autorisar a execução forçada em virtude de outros titulos de credito (além dos mencionados neste Codigo), e expedir a este respeito disposições que se afastem das do presente titulo relativas á execução forçada. A disposição que precede é applicavel aos titulos hypothecarios (obrigações hypothecarias, certificados de hypotheca, etc.)”

Parece que esta disposição teve mesmo em vista as differentes condições economicas dos diversos paizes da Allemanha, cujas condições de autonomia e relações de credito não se podem comparar ás que existem entre os nossos Estados e a União. Na Allemanha ha muitas praças commerciaes, muitos estabelecimentos de credito real e pessoal, muitos centros industriaes, cada um em condições differentes; aqui no Brazil, não nos Mudamos, as condições não são differentes entre os Estados, cujos estabelecimentos de credito não passam, em geral, de agencias de descontos e casas de deposito.

Na occasião da promulgação do vigente Codigo do Processo, a legislação civil da Allemanha, em relação a hypothecas e ate mesmo em relação aos systemas de inscripção e transcripção nos registros, não era uniforme. Confira-se LEHR, Direito Civil Germanico, I, pag. 181 e seguintes.

Além disso, ha uma consideração muito importante a ponderar em relação ao processo allemão, consideração que nos foi suggerida pela leitura de uma nota de DARESTE, no *Annuaire de legisl. étrang.*, de 1877, pag. 665. O processo executivo, na Allemanha, era muito distincto do processo judicial propriamente dito, isto é, era confiado a funcionarios de ordem differente, visto que os actos da execução ficavam a cargo da autoridade administrativa. O Codigo de 1877, isto é, o novo Codigo do Processo Alemão veiu reformar este estado de cousas, em mais de um ponto; mas, a tendencia alli é para completar a medida, isto é, estabelecer um processo executivo unico e incumbir o poder judiciario, tanto dos actos da contestação e embargos, como dos actos da execução propriamente ditos.

Nós não temos de vencer difficuldades nascidas de antigas divisões e muito menos temos vantagem em *crear* estas difficuldades.

só a *causa formal*, mas os princípios productores, efficientes ou materiaes, dos actos jurídicos. Portanto, só o Congresso Nacional pôde determinar as excepções ás regras do processo ordinario.

E quanto aos termos ou prazos, já tivémos ocasião de mostrar os que podem ser alterados pelos Estados, naquillo que, dependendo do movimento local, estiver subordinado ás condições de tempo e espaço peculiares a cada Estado, salvo sempre providencia anterior ou posterior do Congresso Nacional.

IV

O sr. dr. Pedro Lessa concede, isto é, deixa fora de combate os seguintes pontos:

1.º Dos textos constitucionaes resulta que os Estados não podem legislar indistinctamente sobre todos os actos do processo das justiças locaes;

2.º Dos textos constitucionaes resulta que os Estados não podem legislar sobre *actos decisorios*;

3.º Dos textos constitucionaes resulta que, em relação a certos processos especiaes, taes como o de fallencia e outros, os Estados não podem legislar, quer quanto aos *actos decisorios*, quer quanto aos *actos ordinatorios*.

O illustre professor reproduz a classificação dos glosadores, isto é, reconhece que os actos do processo são *ordinatorios* e *decisorios*; mas, diz elle, sómente os *ordinatorios* são *propriamente processuaes*. Quanto aos *processos especiaes*, accrescenta elle, — ha alguns, como, por exemplo, o das fallencias, que — “por excepção, não se podem separar das leis materiaes.”

Aproveitarei as notas de Laurent e Boullenois, Asser e Rivier, Dalloz e outros citados pelo illustre collega; hei de, porém, conferil-as com as glosas á *L. Labeo*, do Dig., tit. *de verbor. signific.*, aos canones *Quoniam contrà*, tit. *de probat.*, *Forus*, das Decretaes, e *Saepe contingit*, tit. *de verb. signif.*, das Clementinas, — porque foram os glosadores e os tractadistas, taes como Oliva, Agostinho Barbosa, o abbade Panormitano e outros, que primeiramente expuzeram aquellas distincções. ¹Vejamos qual o criterio que levou o illustre collega a dividir os *actos do processo* em *actos propriamente processuaes* e *actos impropriamente processuais*.

O nosso Silva, commentando a Ord. L. III, tit. 20, *ad rubr.*, ns. 10 e 11, bem explica a differença entre *actos ordinatorios* e os *actos*

¹As definições de GABBA e outros não podem ser preferidas ás dos glosadores e praxistas reinicolas. Basta ver que GABBA, e, em geral, os praxistas e tratadistas franceses e italianos, consideram—*actos decisorios*— aquelles que “interessam ao *fundo de causa*”; ora, esta definição é mais lata que o definido, porque os actos da contestação da lide, taes como o *libello*, as *excepções*, a *contestação*, a *réplica* e a *tréplica*, são *ordinatorios* da lide e, nem por isso, deixam de interessar, e muito, ao *fundo da causa*. Como observa SAVIGNY, Dir. Rom., VI, § 278,—no processo escripto, a verdadeira *litis-contestação* está no fim do primeiro periodo, isto é, por ocasião da apresentação da *tréplica* ou por ocasião do despacho pondo a causa *em prova*, porque então já estão effectuados o *libello*, as *excepções*, a *contestação*, *réplica* e *tréplica*; mas, isto não quer dizer que estes actos sejam os *decisivos* da demanda.

Nos paizes em que prevalece o debate oral, como na Italia e em França, e ultimamente na Allemanha, nem por isso estes *actos ordinatorios* deixam de interessar o fundo da causa, porque, comquanto o juiz não possa e não deva estatuir senão sobre as conclusões e meios produzidos de viva voz em audiencia, nem por isso os actos introductivos de instancia e preparatorios do debate oral podem ser dispensados e deixam de affectar o *fundo da causa*.

Assignalamos todos estes pontos, afim de bem medir-se o perigo de dar aos Estados a competencia privativa para legislar sobre actos ordinatorios da lide (*libello*, excepções, contestação, réplica, tréplica, reconvenção, autoria, assistencia, opposição), os quaes não se podem confundir com os actos ordinatorios do JUIZO (citação, notificação, intimação, assignações e lançamentos, audiencias, etc), visto que aquelles affectam as formas e estes affectam o movimento.

Os actos ordinatorios da lide não se podem confundir com os actos decisorios, porque os ordinatorios da lide são de disposição ou de simples argumento, ao passo que os decisorios são de prova, de julgamento e de execução.

O nosso MELLO FREIRE, seguindo HEINECCIO, assignalou duas funcções do juizo: a *disceptatio* (discussão ou contestação da lide) e a *decisio* (julgamento e execução). Os nossos praxistas consideraram os *acta disceptationis* como ordinatorios da lide, visto que, comquanto nesses actos sejam dispostos os factos, as circumstancias, os preceitos de direito que a parte pretende applicaveis e o pedido da acção, não esses actos, mas as provas e o julgamento devem ser considerados como os elementos decisivos da demanda. E, por isso, tratando-se de execução de sentenças estrangeiras, os tratadistas de direito internacional privado, tiveram de tornar salientes estas distincções, no que nem sempre foram bem explicitos.

decisorios do processo. A citada Ord. distingue os actos *necessarios á ordem* do JUIZO e os actos *necessarios ao juizo*. Alguns glosadores dividem os actos do processo em *ordinatorios*, *probatorios* e *decisorios*; mas, em geral, a divisão aceita é a que inclui os *probatorios* entre os *decisorios*. São *actos ordinatorios* a *citação*, o *libello* ou *proposição da acção*, o *offerecimento de excepções*, a *contestação*, a *replica*, a *treplica*, a *reconvenção*, a *auctoria*, a *assistencia* e a *oposição*, e bem assim a *assignação* e *lançamento* da *dilação* probatoria, as *assignações* e *lançamentos* dos *termos de vista* e outros: dahi a subdivisão dos *actos ordinatorios*, em *ordinatorios da lide* e *ordinatorios do juizo*, considerando-se *ordinatorios da lide* os *actos da causa*, isto é, *libello*, *contestação*, *réplica* e *tréplica*, *offerecimento de excepções*, *reconvenção*, *auctoria*, *assistencia* e *oposição*, e os *embargos á execução*, e *ordinatorios do juizo* os *actos do juizo*, isto é, as *citações*, *notificações*, *intimações*, *penhora*, *audiencias*, *assignações*, *lançamentos* e mais termos. São *actos decisorios* as *confissões*, os *depoimentos das testemunhas*, a *produção de instrumentos*, as *vistorias* e *arbitramentos*, assim como a *sentença*, a *solução*, a *arrematação*, a *adjudicação*, e quaesquer outros actos que ponham termo ao feito: dahi a subdivisão dos *actos decisorios* em *actos probatorios* e *actos propriamente decisorios*, ou, como dizem outros, em *actos probativos* e *actos decisivos*.

Esta enumeração serve para mostrar: que todos estes actos, quer os *ordinatorios*, quer os *decisorios*, são *actos processuaes*; que todos estes actos, quer uns quer outros, "dizem respeito á instrucção do processo, são formas e solemnidades, interessam ao fundo da causa;" mas, aquelles são *necessarios* principalmente á ordem do juizo e, por isso, chamam-se *ordinatorios*, e estes são *necessarios* principalmente ao juizo e, por isso, chamam-se *decisorios*.

Os *actos ordinatorios da lide* fixam o ponto da demanda, isto é, são actos elementares da *litis-contestação* e manifestações de defeza

natural.¹ Assim, o processo ordinario tem *proposição da acção, contestação, réplica e tréplica*, porque a relação de direito, fundada em provas *casuaes*, póde exigir para sua determinação, esses quatro actos; e, se, nos processos summarios em geral, inclusive nos especiaes, são dispensados a *réplica* e a *tréplica*, é isto devido, como já mostrámos, a exigencias ou de ordem publica, economica ou fiscal, ou aos effeitos da *prova preconstituída*, ou do *facto permanente*. Como, por exemplo, determinar o estado da lide, isto é, estipular-se a *litis-contestação*, sem a *proposição da acção* e a *contestação* e, mesmo sem *réplica* e *tréplica*, no caso de negação relativa ou de allegação de um direito contrario ao da parte? Como determinar-se a legitimidade das partes e do juizo sem o offerecimento das *excepções*? Como assegurar-se o direito de imputação de pagamento e mutua petição sem a *reconvenção*? O direito de denunciação e evicção, sem a *auctoria*? O direito de vigilancia, sem a *assistencia* e a *oposição*? Estes actos, *ordinatorios da lide*, são, ao mesmo tempo, *fórmulas processuaes* e *effeitos do direito de acção*; e, sob este ultimo ponto de vista, são *inseparaveis* da relação do direito.

Os *actos ordinatorios do juizo* são a *citação*, as *notificações*, as *intimações*, as *penhoras*, as *audiencias*, as *assignações* e *lançamentos* de termos, prazos e dilações. D'estes, os quatro primeiros são intrinsecos á defeza; os outros são os do *movimento local*, os quaes, como dissemos, podem ser regulados pelos Estados, quando já não o tenham sido pelo Congresso Nacional.²

¹A *litis-contestação* tem, não ha duvida, a sua natureza intima, os seus effeitos, que devem ser determinados pelas leis civis; mas, tem tambem uma natureza externa, uma fôrma extrinseca, uma epocha, signaes caracteristicos, que se manifestam nos actos do processo, que tendem a definir o ponto da demanda, quer quanto ao facto, quer quanto ao direito. Mesmo no ultimo estado do Direito Romano e mesmo agora, o processo ordinario exige que a lide seja contestada *post narrationem propositam et contradictionem objectam*, como dizia o conhecido escripto de Severo e Antonino. Os *actos ordinatorios da lide* são tão essenciaes no processo ordinario, que em diversos textos, como attesta SAVIGNY, Dir. Rom., VI, § 257, acham-se as expressões—*ordinatum judicium*, *ordinata lis* ou *causa*, empregadas como equivalentes de *litis-contestatio*.

² Os actos do processo têm sido classificados sob differentes pontos de vista. Assim :

1.º Em *actos da causa e actos do juízo*, classificação dos glosadores da Clementina *Saepe contingit*, do cap. *Forus*, das Decretaes, *de verbor. signif.* Chamam-se *actos da causa* a petição inicial ou libello, a contestação, a réplica, a tréplica, as excepções, os incidentes (taes como a reconvenção, a autoria, a assistencia, a opposição), as provas e as allegações. Chamam-se *actos do juízo* as citações, notificações, intimações, cauções, fianças, assignações e lançamentos de prazos, e outros do expediente dos feitos c da execução da sentença. Os *acta causae* subdividem-se em *acta argumenti* e *acta probationis*; os *acta iudicii* subdividem-se em *acta disceptationis* e *acta decisionis*.

2.º Em *actos da litis-contestação, actos da prova, actos do julgamento e actos da execução*. E' a classificação de CARPZOVIO, preconizada por STRYKIO.

3.º Em *actos ordinativos, indagativos e decisivos*, classificação feita por alguns glosadores da 1. *Labeo*, do Dig., tit. *de verbor. signif.*, e preconizada por VANGUERVE. Os *actos ordinativos* são os da ordem do juízo, como o libello, a contestação, a réplica, a tréplica, a assignação e o lançamento da dilação e mais termos, as allegações. Os *actos indagativos* são as provas. Os *actos decisivos* são as sentenças definitivas e os despachos e actos que possam pôr termo ao feito.

4.º Em *actos ordinatorios, actos probatorios, actos decisorios* e *actos executorios*, classificação esta que corresponde á de CARPZOVIO, já referida.

5.º Em *actos ordinatoria litis e decisoria litis*. Chamam-se *ordinatoria litis* os actos necesarios á ordem do juízo, quer para determinação do estado da lide, quer para o movimento do processo, sendo estes ultimos denominados—*ordinatoria iudicii*: assim, são *actos ordinatorios da lide* a proposição da acção, a contestação, a réplica, a tréplica, as allegações finaes, e são *actos ordinatorios do juízo* as citações, as notificações, as intimações, as audiencias, cauções, fianças, as assignações e lançamentos de provas c termos e outros semelhantes. Chamam-se *decisorios da lide* os actos que fundam o julgamento e resolvem a demanda, isto é, os actos da prova, os actos do julgamento e os actos da execução. Alguns ha que fazem dos *actos probatorios* uma especie distincta dos *actos decisorios*; mas, aquella classificação preconizada por OLIVA, *de foro Ecclesiae*, e outros, foi aproveitada pelos tratadistas de Direito internacional privado, que restringem a regra—*locus regit actum*—somente aos *actos ordinatorios*.

6.º STRUVIO classifica os *actos processuaes* em *actos precedentes ao processo, actos existentes no processo e actos consequentes do processo*. Esta classificação não teve maior voga; mas, outros que o commentam, taes como MULLER, e que o seguiram com algumas correcções, taes como o nosso PEREIRA E SOUZA, classificam os *actos processuaes* em *actos preparativos, actos medios* e *actos posteriores*. Os *preparativos* são a citação, o libello, a excepção, a reconvenção, a contrariedade, a réplica, a tréplica, a opposição, a autoria, as cauções. Os *medios* são a litis-contestação, a dilação, as provas, a publicação, as allegações, a conclusão. Os *posteriores* são a sentença, os recursos e os actos da execução.

7.º Em *actos essenciaes* e *actos accidentaes*, ou antes, em *actos essenciaes* e *actos não essenciaes*; sendo que a falta dos primeiros póde ser allegada em qualquer tempo e instancia, annulla o processo desde o termo da falta, quanto aos actos relativos dependentes e consequentes, não póde ser supprida pelo juiz, mas somente ratificada pelas partes; a falta dos segundos, se haverá por supprida, si as partes a não arguirem, quando, depois que ella occorrer, lhes competir o direito de contestar, allegar afinal ou embargar na execução. Esta classificação foi a adoptada pelo Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, arts. 673 e seguintes. São *actos essenciaes*: a primeira citação pessoal na causa principal e na execução, a contestação, a dilação das provas, a sentença, a exhibição inicial dos instrumentos substanciaes, a citação da mulher quando a acção ou execução versar sobre bens de raiz, a penhora, a liquidação, a avaliação, os editaes para a arrematação com o praso legal e designação do dia e a arrematação com as solemnidades da lei. Já os antigos Praxistas notavam que as réplicas, tréplicas, accumulações de artigos (hoje, supprimidas completamente), excepções e incidentes que não pertencem *immediatamente* ao estado da questão controvertida são mais do Direito Judiciario Positivo de cada sociedade civil do que do Judiciario natural (ROCHA PENIZ, *Pratica Formularia*, § 87), mas, modernamente se tem comprehendido que, exceptuadas

Pois bem: como e de que modo poderão os Estados legislar sobre os *actos ordinatorios*, sem affectar a propria relação de direito, a não ser mantendo sempre a sua fôrma intrinseca? Nunca. Si, por essa razão, não pôdem alterar a forma intrinseca, outra razão, qual seja a necessidade de manter a *fôrma probante* (materia de direito civil), impede-lhes de alterar a forma extrinseca.

Mas, dirão os separatistas, como conciliar essa *faculdade* conferida aos Estados com a competencia *autonomica*, que elles têm, de legislar sobre a sua organização judiciaria? Os Estados, responderemos nós, — *uma vez que acceitaram essa faculdade, tomaram o compromisso de organizar a causa eficiente para o exercicio dessa faculdade*; tomaram o compromisso, nao só para com os *individuos*, como para com a *Nação*,

as accumulações, todos aqueles actos têm a sua razão de ser no processo ordinario e alguns mesmo no processo summario.

8.º Sob o ponto de vista do *modo* e da *fôrma extrínseca*, os *actos processuaes* são *verbaes*, *verbaes por escripto* e *escriptos*, e subdividem-se nas diversas *fórmulas forenses* quer em actos das partes, quer em *actos do juiz*, quer em *actos dos serventuarios e auxiliares da justiça*.

Para a nossa polemica, tivemos de classificar oa actos processuaes em *actos ordinatorios* e *actos decisorios*; mas, o illustre collega, sr. dr. Pedro Lessa, abandonando a noção resultante da nossa Ord., L. III, tit. 20 princ. E firmada por SILVA, comm. a esta Ord., ad rubr., ns. 10 e 11, e outros, parece que só considera *ordinatorios* os actos do movimento e da forma extrinseca do processo.

Sem necessidade de lembrar a distincção dos termos do movimento processual em *termos legais* e *termos judiciaes*, distincção feita pelos glosadores da Clementina *Verum*, tit. *de appellat.*, notaremos que, em relação aos termos do movimento local, já fomos explicitos em mostrar que sómente a esses termos se podia estender a attribuição suppletiva dos Estados. Quanto as *formas extrinsecas*, já notamos que, sendo os actos do processo *instrumentos publicos*, a sua *fôrma probante* deve ser acautelada pelo direito civil e não pelas leis meramente processuaes: desde que a *fôrma escripta* é a determinada para a prova dos actos judiciaes, não é licito aos Estados, por exemplo, estabelecer a *fôrma oral* ou a *fôrma mixta*. Os Estados não podem, por exemplo, repudiar o systema de instrucção escripta, substituir a vista dos autos originaes pelo procedimento por copia, a junção dos documentos pela comunicação das peças entre os solicitadores judiciaes, introduzir, em summa, um *systema formulario* diferente do geral. Dizemos isto, porque, reconhecendo a necessidade de retomar, em mais de um ponto, o expediente dos feitos, julgamos que o Congresso Nacional deve, quanto mais cedo, operar essa refôrma, antes que algum Estado metta-se a fazel-a sem maior criterio e introduzindo a variedade na forma dos actos publicos.

Deus nos livre, por exemplo, de que algum Estado se lembre de estabelecer, para a redacção das sentenças, o systema francez da redacção dos *pontos de facto* e dos *pontos de direito*, não a cargo do juiz, mas a cargo dos *avoués*, o celebre systema da *redaction des qualités du jugement*, a que se refere BORDEAUX, na sua *Philosophie de la procedure*. E assim, como em tudo o mais, seria horrível, si aos Estados fosse dada *qualquer liberdade* nesse assumpto.

isto é, para com a União, tomaram o compromisso de exercer uma actividade, cujas causas material e formal, que são as relações de direito e os actos do processo, são *intrinsecas*, de sorte que o seu compromisso refere-se apenas aos princípios productores exclusivamente *extrinsecos*. Assim, os Estados podem determinar livremente as competencias e alçadas, porque isso não affecta o processo; mas, não podem deixar de estabelecer mais de uma instancia, porque a pluralidade e ordem das instancias é um principio que affecta o *direito de recorrer*, reconhecido em mais de um artigo da Constituição; assim como não podem crear obstaculo algum aos *actos ordinatorios da lide* e aos *ordinatorios do juizo*, nem dispôr a respeito delles *senão para facilitar-lhes o exercicio*. Por conseguinte, as leis do processa dominam as leis de organização judiciaria: admittir o contrario é o mesmo que suppôr o architecto sem os materiaes e sem o plano de construcção.

Aproveito a monção para explicar melhor o meu pensamento, quando affirmei que o exercicio das attribuições cumulativas, por parte dos Estados, é uma faculdade: eu teria melhor redigido, si, em vez de dizer — *é uma faculdade*, tivesse dito — *é derivado de uma faculdade*. Creio, porém, que o meu pensamento ficou bem claro pela posterior exposição.

Vamos agora ver si o criterio, que levou o sr. dr. Pedro Lessa a dividir os processos especiaes em *excepcionaes* e *não excepcionaes*, auctorisa tal distincção, maxime para o effeito de deixar estes ultimos á competencia dos Estados.

V

Applique o sr. dr. Pedro Lessa o seu penetrante atilamento para a analyse, o conhecido vigor da sua reflexão, a cada um dos processos especiaes que lhe surgirem á memoria. Veja, por exemplo, os processos dos actos preparatorios, preventivos e incidentes, taes como o arresto, o sequestro, os depositos, os protestos, as habilitações, etc; veja a curadoria dos bens do ausente, as interdicções, as contas dos tutores, curadores,

testamenteiros e syndicos, o casamento, o divorcio, os supprimentos de consentimento e outorga, os inventarios e partilhas de herança, a divisão da coisa commum, a demarcação, os alugueres, os despejos, as manutenções e restituições de posse, as letras de cambio, os conhecimentos de frete, as hypothecas, etc. Tudo isto, como as fallencias, é inseparavel do respectivo processo, tão inseparavel que bem se póde dizer como MANFREDINI — la procedura e il diritto sono fra loro strettamente legati come que ruote d'una medesima machina insieme addentellate, delle quali una non puó muoversi senza dell'altra e senza muovere l'altra".

Ou como effeito de *prova preconstituída*, como o é a assignação de dez dias, ou como effeito da *confissão* e do *privilegio*, como é, em geral, o executivo, ou como effeito de *causas economicas*, ou como effeito de *factos permanentes*, ou em razão da *modicidade do pedido*, — a verdade é que essas excepções legitimam, não somente o processo especial da fallencia, como todos os outros processos especiaes. Por conseguinte, desde que o sr. dr. Pedro Lessa admite um processo sobre o qual os Estados não têm a attribuição de legislar, ha de admittir outros muitos e *ipso facto* ha de reconhecer que as attribuições dos Estados, neste assumpto, são meramente *suppletivas*.

A *ordem do juizo* é a disposição conveniente dos *actos processuaes* necessarios ao fim da lei, isto é, á execução do intuito do legislador; é um effeito mais do *direito de acção* do que da *acção-remedio de direito*; é um effeito, não só *formaliter*, mas tambem *eminenter et virttialiter*, "effeito intrinseco ou causa segunda, que tem com a causa anterior uma connexão tal, que deve produzir outro effeito, que, comquanto extrinseco, está na intenção da causa anterior".

Vê-se, pois, que a *lei geral*, determinando o numero, o peso e a medida dos *actos processuaes*, quer para assegurar as relações ordinarias de direito, quer para assegurar instituições especiaes, — não affecta somente a forma extrinseca dos actos judiciais, nem regula apenas um

modus operandi, mas um *modus essendi*, um efeito da propria instituição de direito, efeito que ou ella ja *por si tem*, ou o legislador, por considerações economicas, fiscaes ou, em summa, por considerações especiaes, lhe quer communicar. Imagine o illustre collega que os Estados pudessem alterar o processo hypothecario e reflecta si, em taes emergencias, a intenção do legislador civil, em relação ás garantias das instituições de credito real, seria preenchida. Certamente que não. E do mesmo modo é o processo das fallencias, como brilhantemente demonstrou o dr. Carvalho de Mendonça, e assim são todos os outros processos.

Já affirmamos que nenhuma das constituições das republicas americanas póde ser invocada como fonte da nossa, nem mesmo a da Republica Argentina, maximé no que diz respeito ás attribuições do Congresso Nacional. Vê-se que houve um proposito da Constituinte republicana brasileira, proposito manifestado na redacção completamente differente. Comparem-se, por exemplo, os arts. 34 n. 23 da nossa Constituição com o art. 67 n. 11 da Constituição Argentina — e surgirá logo esta differença: o nosso art 34 n. 23 não faz referencia a leis *geraes* sobre bancarrota, sobre falsificação de moeda e documentos publicos, ao passo que o art. 67 n. II da Constituição Argentina, fazendo referencia a essas leis *geraes* sobre bancarrota e outras, dá logar a suppôr-se que quiz dar ao Congresso Nacional a competencia somente para legislar sobre esses processos especiaes, reservando aos Estados o poder de legislar sobre os outros. Comparem-se o art 104 da Constituição Argentina com o art 65 da nossa e surgirá, então, esta differença ainda mais sensivel: o art 104 da Constituição Argentina diz que “as provincias *conservam* todo o poder não delegado por esta Constituição ao governo federal e todo o que expressamente se hajam *reservado* por pactos especiaes ao tempo de sua incorporação”, ao passo que o art. 65 da nossa Constituição diz que “é *facultado* aos Estados, em geral, todo e qualquer poder ou direito que lhes não fôr negado por clausula expressa ou implicitamente contida nas clausulas expressas da Constituição”. Que razão levaria o legislador a usar

de termos tão diferentes, a não ser o propósito de exprimir um pensamento muito diferente? Quem não vê que, na constituição da Republica Argentina, as provincias, por causas historicas muito conhecidas, entraram para a federação com attribuições mais autonomicas do que as conferidas aos nossos Estados? Deixemos, pois, essas constituições vizinhas e aproveitemos a *lettra* da nossa, naquillo que esta *lettra* puder dar ao espirito da unidade legislativa, que é o verdadeiro espirito do direito e, por isso, o espirito que geralmente deve dominar a interpretação. Não devemos *forçar a lettra* da Constituição Brasileira em proveito do espirito da Constituição Argentina e de outras, tanto mais quanto, felizmente neste ponto, a nossa é muito e muito superior.

Termino aqui a rainha réplica. Eu tinha necessidade de replicar, não só pela grande consideração para com o meu illustre collega, como porque a sua contestação não foi feita por negação geral. O sr. dr. Pedro Lessa reconhece que, mesmo em frente da Constituição, ha *processos e actos do processo*, sobre os quaes os Estados não podem legislar; e, para evitar contradição, distinguui os *actos processuaes* em *actos propriamente processuaes* e *actos impropriamente processuaes*. Esta subtiliza me fez lembrar o *Doctor subtilis*, Duns Scott, que tão bem desenvolveu o principio — *omnia unitatem appetunt*; mas, parece-me que mesmo por isso, cabe aqui inverter assim a phrase de um verso de Virgilio: *uno avulso, deficit alter*.

João Mendes Junior.

DA COMPETENCIA DO ESTADO PARA LEGISLAR SOBRE O PROCESSO DAS JUSTIÇAS LOCAES

I

Não: francamente a amostra da Escolastica exhibida pelo sr. dr. João Mendes Junior não abona a doutrina.

A verdade está com Hippolyto Taine, para quem a substancia é o conjuncto das qualidades, ou com Stuart Mill, para quem a substancia, por outras palavras, é o complexo dos attributos, ou com Alexandre Bain, para quem a substancia, com mais precisão nos termos, designa os attributos essenciaes, fundamentaes, os attributos que definem o objecto, em opposição aos attributos variaveis, cambiantes.

Esses philosophos não dizem, como suppõe a Escolastica, que a substancia seja a mesma coisa que a qualidade: o que elles ensinam é que a substancia é o *conjuncto* das qualidades. Se a proposição não exprime a verdade, mostre-me o sr. dr. João Mendes Junior de modo preciso, depois de eliminados todos os attributos de um ser pela faculdade da abstracção, em que consiste a substancia. Responderá provavelmente que a substancia é o *substratum*. Mas, que é o *substratum*? Revele claramente o que constitúe essa entidade mysteriosa

O erro da Escolastica, perfilhado por Leibnitz, e resumido na affirmacção de que — *a substancia permanece, ao passo que os accidentes mudam*, — deriva da confusão dos attributos essenciaes com os attributos accidentaes. Estes ultimos variam sem que a substancia desappareça. Mas, suprimi pela abstracção os attributos essenciaes, e dizei-me depois o que é feito da substancia. O attributo fundamental do corpo, ou da materia, é a inercia ou a resistencia, facto essencial e permanente de toda a materia, no estado solido, liquido ou gazoso. Eliminae a inercia ou a resistencia, e explicae-me o que resta da materia.

A distincção entre a substancia e as qualidades reduz-se, em ultima analyse, á distincção real entre a essencia e os concomitantes, entre os attributos invariaveis e os attributos variaveis.

Mas, objecta o sr. dr. João Mendes Junior, a qualidade depende da substancia, ao passo que a substancia não depende da qualidade. A isso responderei com Stuart Mill que, assim como não podemos imaginar um attributo sem substancia, tambem não podemos imaginar uma substancia sem attributo, e que, se o attributo, para existir, depende da substancia, tambem a substancia, para existir, depende dos attributos.

E' um homem singular esse Cornoldi, citado pelo sr. dr. João Mendes Junior, o qual, quando pergunta — *que é isto?* — espera sempre que lhe respondam: *é um leão, é uma pedra, é um homem*. Porque nunca terá ouvido respostas como estas — *é o brilho do sol, é a impetuosidade do vento, é a força extraordinaria do leão, é a imaginação fecunda de um homem?*

Provavelmente atalhará o meu distincto contradictor, observando que nas respostas figuradas se allude ás qualidades *de* algumas substancias, o que prova que a qualidade depende sempre de uma substancia. Não ha duvida: não podemos pensar na parte sem pensar no todo: e, como a qualidade é somente uma *parte do todo* chamado substancia, usamos de uma *expressão relativa* para significar a qualidade.

Stuart Mill é quem diz a ultima palavra sobre este assumpto, quando ensina que a magna questão da substancia e dos attributos se reduz a uma questão de linguagem, de vocabulos, de formas grammaticaes: por meio de certas palavras nós exprimimos um todo composto de certas partes, essas palavras são signaes que nos trazem ao espirito determinados *conjunctos*; por meio de outras palavras nós exprimimos as partes do todo, os elementos do conjuncto separados mentalmente.

Restabelecida a verdadeira noção de substancia, a analogia de Bentham pôde acceitar-se perfeitamente. A substancia do direito, ou, por outras palavras, os elementos ou attributos essenciaes do direito são determinados pela lei material; os attributos variaveis consistem nas diversas formas que pôde revestir a reacção do direito violado.

E' necessario que se permita a reacção do direito violado; sem ella o direito nenhuma efficacia teria. Mas, essa reacção pôde ser canalizada por varias formas, effectuar-se por combinações diversas, levando todos esses meios ao mesmo resultado final — o restabelecimento do direito.

Tentando mais um argumento contra a analogia de Bentham, pergunta o meu illustrado contradictor se uma lei sobre a litis-contestação é substantiva ou adjectiva. A resposta ha muito que estava escripta, e meu tabalho consistirá unicamente em a resumir: a litis-contestação está sujeita ao direito substantivo e ao direito adjectivo. Pela analyse se discriminam as leis substantivas e as leis adjectivas que regem a litis-contestação. O processo determina a forma da litis-contestação, quaes os actos cuja realisação importa a contestação da lide, quando se deve dizer que a lide está contestada. A lei substantiva prescreve os efeitos da litis-contestação. E', por exemplo, uma lei substantiva a que estatúe que a litis-contestação interrompe a prescripção, ou a que torna a coisa litigiosa, ou a que dá direito aos fructos e interesses desde a contestação da lide. Tudo isto se reduz a esta verdade geral: ha direitos materiaes que nascem de actos processuaes.

A lei substantiva confere esses direitos privados materiaes; a lei adjectiva dispõe sobre o modo como elles nascem, os actos processuaes de que elles decorrem (Gabba, *Retroattività delle Leggi*, vol. 4.º pag. 420, 2.ª edição).

A unica objecção que pôde fazer o sr. dr. João Mendes Junior à discriminação exposta é a dificuldade pratica de discernir e separar os factos regidos por leis adjectivas dos factos regidos por leis substantivas.

Responder-lhe-ei afoitamente que difficuldade pratica não é impossibilidade pratica, e muito menos impossibilidade scientifica.

Assim como a litis-contestação, a adjudicação está subordinada a leis substantivas e a leis adjectivas. É uma disposição material a que converte a adjudicação forçada em livre, e *vice-versa*, como foi cabalmente demonstrado no senado do Imperio. É lei adjectiva a que prescreve a forma porque se effectúa a adjudicação.

Com os seus *instrumentos de precisão*, o sr. dr. João Mendes Junior devia distinguir essas coisas melhor do que ninguém. Entretanto, os *instrumentos* a cada passo o fazem mesclar coisas diversas.

Razão teve o marquez de Pombal, quando chamou á Escolastica — *philosophia dos arabes*. Aquelle Cornoldi que nos apresenta Socrates, Platão, Aristoteles e Cicero, como fervorosos cultores da Escolastica, aquelle Cornoldi em cuja auctoridade tanto confia o sr. dr. João Mendes Junior, por certo é *das Arabias*.

Santo Thomaz de Aquino, em que havia de dar a tua Escolastica! Cicero, um gentio nascido 106 annos antes de Christo, vulgarizador das doutrinas de Platão, de Aristoteles e de Zenon, o Victor Cousin da antiguidade classica, — admirador e sectario da tua philosophia, formada na idade média, com as lições de Aristoteles desvirtuadas e com os dogmas catholicos, e a estes sujeita de tal arte, que foi cognominada *ancilla theologiae*, Cicero — escolastico, e com elle Socrates e Platão, anteriores ao teu Philosopho, ó Santo Thomaz de Aquino!...

Nem se diga que a Escolastica encerra o desenvolvimento da tradição peripatetica. Discipulo de Aristoteles, não obstante as censuras dirigidas a este, especialmente em relação ao syllogismo, discipulo que, obedecendo ás tendencias do Stagirita, corrigiu e completou-lhe o methodo, foi Bacon. Que importa que a obra de Bacon tenha sido especialmente consagrada á methodologia, e particularmente á inducção?

Na philosophia universal, como na philosophia de qualquer sciencia, o methodo é quasi tudo.

Bacon apenas deu o signal da batalha; mas, foi ao toque desse clarim que avançaram Bayle, Buckle, Bentham, Stuart Mill, Augusto Comte, Herbert Spencer, Alexandre Bain, Hippolyto Taine, e tantos outros. E de cada vez que elles avançaram, alguns palmos de terreno foram perdidos pelos adversarios, não obstante o grande talento e a enorme coragem destes. Basta de philosophias.

Desconfio muito que o resultado final de tudo o que temos escripto sobre escolas phisolophicas será cada um de nós continuar com suas opiniões. Observa um philosopho, cuja auctoridade o sr. dr. João Mendes Junior não admite, que, para nos deixarmos convencer por outrem em uma controversia philosophica, é necessario que tenhamos menos de trinta annos. E' entre os vinte e os trinta annos que se adopta uma philosophia, que se formam as convicções no que toca a essa materia, que se tem interesse pelas idéas geraes. Passado aquelle limite, o homem lê somente para se distrahir, para estar em dia com o que se escreve, para se esclarecer sobre certos pontos particulares. Os alicerces do edificio já estão lançados, e em torno delles o habito, a preguiça mental, as occupações praticas e muitos outros factos, lançam uma especie de cimento, que nada póde destruir.

Posto que nenhum de nós dois tenha attingido a idade em que, dizia Royer Collard a Alfred de Vigny, *não mais se lê, apenas se relê*, parece que, ou me engano muito, ou infelizmente já transpuzemos a idade da formação philosophica.

O unico proveito que podemos colher desta controversia sobre generalidades philosophicas é o que Schopenhauer tirou das suas especulações pessimistas. Já no ultimo quartel da existencia, queixava-se a *aguia negra do pensamento moderno* de que, sob o ponto de vista pecuniario, sua philosophia nunca lhe tinha rendido coisa alguma; mas,



acrescentava logo, reconhecido, que lhe devia o inestimável benefício de o ter preservado muitas vezes deste flagello da humanidade que se chama o *tédio*, das más companhias, dos maus pensamentos, e consequentemente, das más obras. É esse talvez o único resultado que eu e o meu illustre contraditor havemos de obter com o estudo destas questões de philosophia. Já não é pouco em meio da *Tristeza Contemporanea*.

Prophetisa o sr. dr. João Mendes Junior no seu primeiro artigo que a Escolastica ha de ser a philosophia do século XX. Não me interessa muito saber-o antecipadamente.

Se se realizar a prophesia, eu, que no século XX serei homem do século passado, com certeza não poderei conformar-me com as modernices do tempo. Esse requinte de DANDYSMO philosophico está reservado para o dr. João Mendes Junior.

Faço votos para que lhe não falem *snobs*. Que os tenha tão numerosos como as areias do mar.

II

O segundo artigo do sr. dr. João Mendes Junior é um soberbo conjunto de modelos admiráveis de sophismas.

Sempre fiel aos processos da Escolastica, o meu illustrado collega, ao interpretar os textos constitucionaes, despresas a realidade viva e palpitante da lei, e affirma certos conceitos geraes, e faz certas divisões arbitrarías, para habilmente deduzir dessas premissas o que já havia preconcebido como a expressão do pensamento do legislador.

Com tal clareza está redigido o art 34, n. 23, da Constituição Federal, que, para o interpretar correctamente, basta applicar-lhe aquella regra de hermeneutica juridica formulada por Berriat Saint-Prix nos seguintes termos: “quando a these affirmada se acha litteralmente

escripta na lei, nada mais nos cumpre fazer do que citar o artigo da lei, indicando-lhe o numero" (*Logique Furidique*, n. 36).

Ha um ponto sobre o qual o sr. dr. João Mendes Junior está de perfeito accordo commigo: o meu erudito collega reconhece que o *art. 34, n. 23*, não confere ao Congresso Nacional competencia para legislar sobre o processo em geral. Tanto isso é verdade, que seus argumentos são tirados de outros artigos da Constituição. Nem uma só vez, em todo o decurso de sua brilhante argumentação, tentou demonstrar a verdade de sua these com raciocinios baseados sobre o *art. 34, n. 23*. Esse receio de se referir á lettra do artigo citado é muito significativo.

Temos, pois, que investigar se as outras disposições invocadas auctorisam a conclusão do meu illustre contradictor.

Ha uma opposição, repete o meu distincto collega, entre *attribuições privativas* e *attribuições não privativas*; mas, estas ultimas não podem ser as enumeradas no artigo 35, e não podem ser, porque o artigo 34 contêm especialmente attribuições legislativas, ao passo que o artigo 35 contêm especialmente attribuições conservadoras e administrativas. Ora, o artigo 35 apenas encerra uma attribuição de inspecção, ou fiscalisação, para me servir da linguagem de Pimenta Bueno, e vem a ser o do § 1.º, o qual incumbe ao Congresso Nacional o velar na guarda da Constituição e das leis e providenciar sobre as necessidades de character federal. Todas as mais attribuições, consistentes em animar no paiz o desenvolvimento das lettras, artes e sciencias, da immigração, da agricultura, commercio e industria, em crear instituições de ensino superior e secundario nós Estados, bem como em prover á instrucção secundaria no districto federal, são attribuições em cujo exercicio o Congresso Nacional desempenha funcções *legislativas* e administrativas. Entretanto, no artigo 34 ha diversas attribuições que se não podem dizer legislativas, mas que incontestavelmente são conservadoras ou administrativas. Taes são as que tem o Congresso Nacional de declarar em estado de sitio um ou mais pontos do territorio nacional, e approvar ou

suspender o sitio declarado pelo poder executivo, a que permite que o Congresso Nacional conceda amnistia, e a attribuição em virtude da qual o Congresso Nacional commuta e perdoa as penas impostas, por crime de responsabilidade, aos funcionarios federaes.

A antithese incontestavelmente se reduz ao seguinte: de um lado temos *attribuições privativas* de diversas especies,—legislativas, conservadoras e administrativas, do outro temos *attribuições não privativas* exactamente das mesmas especies. Por outras palavras, a opposição se verifica entre attribuições privativas que pertencem a um genero com varias especies e attribuições não privativas do mesmo genero e das mesmas especies.

Entende o illustrado sr. dr. João Mendes Junior que antithese não ha, em relação a attribuições privativas e não privativas, entre os artigos 34 e 35, porque, além do argumento já respondido, o artigo 35 comprehende *encargos que incumbem*, e o artigo 34 *poderes que competem*. Outro engano do meu erudito collega. No artigo 34 está a disposição pela qual o Congresso Nacional ficou encarregado de fixar a despesa e orçar a receita federal annualmente, e ahi temos um verdadeiro encargo ou incumbencia, cujo não cumprimento importa a suppressão do regimen representativo. No artigo 34 está a disposição que manda fixar annualmente as forças de terra e mar, e ahi temos mais um encargo, ou incumbencia, e não mera faculdade que seja licito ao Congresso Nacional não exercitar. No artigo 34 ainda está a disposição que declara competente o Congresso Nacional para estabelecer os meios necessarios para o pagamento da divida publica, e certamente prescrever os meios necessarios para o pagamento da divida publica é um encargo ou incumbencia que o Congresso Nacional deve desempenhar antes de cumprir qualquer das incumbencias dos §§ 2, 3 e 4 do artigo 35.

Quanto á questão de saber como os Estados exercem, ou devem exercitar, a attribuição ou faculdade de legislar sobre o processo,

— se *alternativa ou suppletivamente*, a resposta é dada satisfatoriamente pelo proprio sr. dr. João Mendes Junior. No seu terceiro artigo diz o meu illustre collega:

a Constituição dá aos Estados a competencia privativa para legislar sobre a organização judiciaria, mas competencia limitada. Por outra; a competencia dos Estados para legislar sobre organização judiciaria, comquanto privativa, é limitada pelos principios constitucionaes da União.

Se fizermos uma pequena alteração indispensavel, a solução será applicavel igualmente á questão da competencia para legislar sobre o processo. A competencia do Estado para legislar sobre a organização judiciaria não é *privativa*; é talvez *quasi privativa*, porque o Estado não póde legislar sobre a instituição do jury, supprimindo-a ou modificando-a de modo tal, que lhe altere a essencia. Fazel-o só póde um Congresso Nacional *constituente*.

Ora, em relação ao processo o Estado tem competencia igualmente limitada para legislar, sendo as excepções a essa competencia apenas em maior numero do que na primeira especie.

Agora, perdôe-me o meu illustrado collega, o sr. dr. João Mendes Junior vae refutar-se a si próprio. O meu distincto contradictor faz grande cabedal das expressões *competencia* e *faculdade*, dizendo que os Estados apenas têm a *faculdade* de legislar sobre o processo, e não *competencia* para isso, porque os termos da Constituição são estes: “é facultado aos Estados — etc.” Mas, nestas expressões — *é facultado aos Estados* — estão as duas competencias — a de legislar sobre o processo e a de legislar sobre a organização judiciaria, Não ha na Constituição Federal nenhum artigo em que se confira ao Estado *competencia*, de modo expresso, para legislar sobre a organização judiciaria. Entretanto, o sr. dr. João Mendes Junior acceita essa *competencia* do Estado, e não lhe chama *faculdade*.

Que razão tem, pois, para não admittir a *competencia* limitada do Estado para legislar sobre o processo? Se quizer, denomine essas duas

competencias — faculdades. Pouco importa. O que não póde fazer o meu erudito collega é separar uma da outra.

Finalmente, as discussões do projecto de constituição revelam tão nitidamente o pensamento do legislador constituinte, que nesse ponto a controversia é impossível. A regra de Berriat Saint-Prix de que “as inducções tiradas dos trabalhos preparatorios em geral são fracas, sobretudo quando na redacção definitiva não ficam traços ou vestígios desses trabalhos” não tem a menor applicação ao caso.

O art. 34, n. 23, reproduz fielmente o pensamento dominante no espirito da maioria do Congresso Constituinte. Quer o sr. dr. João Mendes Junior palavras mais claras e energicas do que as empregadas pelo sr. Amphilophio, e já reproduzidas por mim em artigo anterior, sobre os inconvenientes e o erro da separação das leis adjectivas das substantivas?

Oiçamos mais uma testemunha dos debates, que com certesa lhes prestou acurada attenção, pois mais tarde escreveu um livro sobre a *Constituição do Brazil*, o sr. Aristides Milton, deputado á Constituinte. A' pagina 166 lê-se:

triumphou a opinião dos que sustentam não haver incompatibilidade entre a unidade da legislação civil, commercial e criminal do paiz com a divisão do poder judiciario em poder judiciario politico, orgam da lei suprema da União ou da de cada Estado, e poder judiciario administrativo, orgam da justiça ordinaria em cada Estado. E, como os Estados têm competencia para organizar o seu poder judiciario, não se lhes podia negar a de legislar sobre o processo, pois de outro modo uma desharmonia, funesta a interesses muito respeitaveis, poderia surgir, como aconteceu durante o imperio no dominio do Acto Adicional em que se tornou necessaria a lei da interpretação para conjurar os perigos dalli resultantes. Assim não se póde negar que a disposição contida neste n. 23 foi o resultado de uma transacção entre os que opinavam pela unidade e os outros que sustentavam a diversidade do direito privado; ella representa o meio termo entre as duas opiniões extremas, ficando a União com o direito substantivo, e os Estados com o direito adjectivo.

O *systema* acceto pela constituinte brasileira foi o da Republica Argentina, de cuja constituição o sr. Aristides Milton reproduz o art. 67, § 11, em seguida ao art. 34, § 23, da nossa, para tornar bem sensível a analogia entre as duas disposições.

III

O sr. dr. João Mendes Junior não nega a estreita relação das leis processuaes com as de organização judiciaria.

Somente em vez de subordinar o processo á organização judiciaria, — e tal é a subordinação logica e chronologica, — sujeita a organização judiciaria ao processo. Não é o processo, diz elle, que deve accommodar-se á organização judiciaria; é a organização judiciaria que deve adaptar-se ao processo.

Admittida essa inversão da dependencia logica e da successão chronologica das instituições de direito judiciario, pretende que o Congresso Nacional tenha a attribuição de legislar sobre o processo, ao passo que os Estados têm competencia *privativa*, posto que *limitada*, para legislar sobre a organização judiciaria.

Sendo assim, de duas uma: ou os Estados organisam a sua judicatura, devendo cingir-se rigorosamente ás leis de processo (as quaes podem ser feitas de tal arte, que conttenham em si os elementos essenciaes da organização judiciaria), e nesse caso os Estados não legislam, não podem legislar, sobre a criação e competencia dos seus tribunaes, singulares e collectivos; ou os Estados não são obrigados a se adstringir ás prescrições do Congresso Nacional sobre o processo, e nesse caso não se respeita a estreita relação, a connexão substancial, entre o processo e a organização judiciaria, — afinidade que o sr. dr. João Mendes Junior não contestou, e apenas explicou de modo diverso, invertendo os termos da relação de dependencia.

Acceitas as premissas do meu illustrado collega, chegamos à conclusão de que os Estados só cream logares de magistratura, augmentam e diminuem esses logares, mas não legislam sobre a organização e competencia dos seus juizos, o que vae de encontro á propria interpretação do sr. dr. João Mendes Junior, ou a consequencias muito mais funestas á administração da justiça do que todas as que *figurou* o meu contradictor como derivadas da interpretação que tenho dado ao art 34, n. 23, porquanto teriamos o processo em dissonancia com a composição dos tribunaes.

O argumento capital, o argumento Achilles, do sr. dr. João Mendes Junior prova demais.

A ser verdade o que diz o meu illustre collega sobre a intimidade irreductivel do direito adjectivo com o substantivo, a conclusão logica e necessaria não é a que deduziu, a saber — que os Estados não podem legislar sobre o processo; mas, sim, esta outra, — a saber — que o Congresso Nacional não póde alterar o processo enquanto não alterar as instituições de direito material

Eis ahi o que quer dizer, e o que deve dizer, o sr. dr. João Mendes Junior, para ser correcto e rigoroso nas suas deducções. Cada instituição de direito substantivo deve ser promulgada com o seu respectivo processo. Cumpre que desapareçam os codigos de processo. E, como a mesma connexão substancial se verifica entre o processo e a organização judiciaria (conforme reconhece o meu douto contradictor), é mister que as instituições de direito substantivo tenham uma organização judiciaria correspondente, apparelho necessario e imutavel para a realisação do correspondente direito material

Em ultima analyse, são essas as consequencias irrefragaveis da inseparabilidade das duas especies de leis — materiaes e formaes — propugnada pelo sr. dr. João Mendes Junior.

Acceitas as proposições do meu illustre collega, o direito internacional privado terá de soffrer a mais profunda revolução. Até hoje se tem entendido que certas leis substantivas de um paiz devem ser applicadas em outro por magistrados e de accôrdo com o processo deste outro paiz. Dada a connexão substancial entre o processo e o direito material, será mister que os juizes de uma nação julguem de conformidade com o processo de outra, o que não sei se haverá Estado que tolere.

Acceitas as proposições do meu illustre collega, a theoria da retroactividade das leis terá de ser completamente refundida. Até hoje se tem entendido que uma lei nova sobre processo é applicavel a factos passados. Dada a connexão substancial entre o processo e o direito material, será mister continuar a applicar o processo já revogado aos factos regidos por leis substantivas a que correspondia o dito processo. E, como a organização judiciaria deve adaptar-se ao processo, no sentir do meu douto contradictor, teremos tambem os tribunaes abolidos ao lado dos novos tribunaes, até que se julguem as relações de direito creadas em épocas anteriores.

Veja o sr. dr. João Mendes Junior as consequencias do seu principio da inseparabilidade do processo.

Admittido esse principio, não posso extranhar que o meu distinctissimo collega manifeste uma grande reluctancia em acceitar o systema da separação de leis consagrado pela Constituição brasileira. O que absolutamente não comprehendo é que negue este facto: as leis processuaes variam muito de um paiz para outro. O exemplo tirado do processo inglez, comparado com o nosso, prova essa verdade.

Neste ponto o sr. dr. João Mendes Junior fez uma observação que me obriga a uma resposta. Preferi reproduzir alguns traços do processo adoptado perante *os tribunaes ou côrtes de condado*, porque esses tribunaes, posto que organisados primitivamente para julgar pequenas demandas, *têm tido a sua competencia constantemente*



alargada por leis successivas. "La tendance générale du législateur anglais est d'élargir sans cesse la competence des cours de conte" (Glasson. *Droit et Institutions de l'Angleterre*, vol. 6.º pag. 558). Mas, o sr. dr. João Mendes Junior quer que se compare o nosso processo, não com o *dos tribunaes ou côrtes de condado*, mas com o processo estabelecido pelo *act.* de 1873. Seja feita a sua vontade.

Mas, nesse caso a comparação lhe é muito mais desfavoravel, porque, conforme ensinou o proprio sr. dr. João Mendes Junior, os inglezes têm o JURY CIVIL, coisa que nós desconhecemos.

Além disso, o acto de 1873 instituiu uma especie de decisão que para nós é uma surpresa. Para evitar as chicanas e as protelações forenses, que Shakspeare no celebre monologo do *Hamlet* julga causas suficientes para levar um homem ao suicidio, o *act.* de 1873 auctorisa a côrte a pronunciar uma condenação immediata, sem nenhuma instrucção judicial, em favor do auctor, sempre que este affirma o seu direito por meio de um *affidavit*, isto é, affirma sob juramento que em sua opinião e de boa fé o réo não póde oppôr nenhum meio sério de defeza. Ao réo fica reservado o direito de por *affidavit*, ou de outro modo, provar que tem justas causas de opposição ás pretensões do auctor.

A realização de um tal processo depende, para não produzir efeitos perigosissimos para os direitos das partes, de uma organização judiciaria como só os inglezes têm conseguido.

Não se póde affirmar que a acção ordinaria tenha os mesmos actos ordinatorios em sua forma intrinseca em todos os paizes civilizados. Para não alongar este artigo, limitar-me-ei a pedir a atenção do sr. dr. João Mendes Junior para o titulo II, secção 6.^a, do Codigo de Processo (*Codigo de Procedimientos*) da capital da Republica Argentina. Ahi nada se lhe deparará que se possa equiparar á réplica, ou á tréplica, da acção ordinaria do nosso processo.

Disse em um de meus artigos, entre outros exemplos, que nada impediria o Estado de restaurar o processo decendiario para a execução hypothecaria, visto como primitivamente era esse o meio de cobrar uma divida hypothecaria, meio tão de accôrdo com a nossa Ord., liv. 3.º, tit 25. Não é possível, observa o sr. dr. João Mendes Junior, porque o Estado em tal hypothese se afastaria dos intuitos do legislador civil, o qual annexou á hypotheca o processo executivo por considerações de ordem economica. O argumento é improcedente. O facto de ter o legislador modificado uma lei de processo por considerações de ordem economica incontestavelmente não tira á lei processual o character de lei processual, não lhe altera a essencia de lei do processo, não faz da lei de processo uma lei substantiva. Sempre que modifica o processo, o legislador o faz, impellido por certos motivos de interesse social ou de ordem publica, porquanto os processos são *productos intellectuaes*, combinações mais ou menos engenhosas, meios excogitados para a consecução de um fim, o que não quer dizer que as disposições processuaes exprimam combinações arbitrarías do poder legislativo, como suppõe o sr. dr. João Mendes Junior ter eu affirmado. A idéa de combinação ou disposição de meios adequados a um fim exclúe a idéa de actos praticados *arbitrariamente*. Em summa, se a lei de processo não se desnatura, porque o legislador a fez impellido por considerações economicas, o Estado em virtude dos textos constitucionaes póde alterar essa lei por considerações economicas ou por outras ainda mais ponderosas. Se nem sequer isso fosse permittido em face da nossa Constituição, do regimen federal só teríamos o nome.

Em um Estado póde convir o processo executivo como meio de facilitar o credito immobiliario; em outro póde ser tal a abundancia de capitaes, que se não faça necessario estabelecer um processo tão violento.

Com a sua auctoridade incontestada de mestre egregio na materia, o sr. dr. João Mendes Junior quasi qualificou de erro o ter eu escripto que o decreto n 359, de 26 de abril de 1890, que aboliu a

formalidade da conciliação exigida pela constituição do imperio, alterou o nosso processo, sem podermos entretanto increpar o legislador de ter diminuído as garantias judiciais. Diz o meu collega que a conciliação é de direito civil.

Tenha paciência. A conciliação é um *contracto* por meio do qual as partes se compõem voluntariamente, evitando uma demanda, com a cooperação do juiz (Gargiulo, *Corso Elementare di Diritto Giudiziario Civile*, n. 373). Esse *contracto* é admittido em todos os paizes civilizados, não me consta que haja alguma legislação que o proíba. Esse *contracto* pôde ser feito em nosso paiz hoje como antes do decreto citado, que absolutamente não alterou a natureza e os efeitos desse *contracto*. Antigamente era obrigatoria a tentativa de conciliação hoje não se exige mais essa formalidade preliminar; das demandas.

Que foi, pois, que se aboliu? Uma *formalidade preliminar*, diz a lei, um *acto judicial*, diz Paula Baptista (§ 82).

Como quer o sr. dr. João Mendes Junior confundir o *contracto* chamado *conciliação* com essa *formalidade preliminar*, com esse *acto judicial*, em que o juiz de paz perguntava às partes se queriam conciliar-se, e ellas respondiam — não, em que o juiz de paz insistia na pergunta, mostrando as vantagens da composição e as partes persistiam na resposta — não e não?

Se as partes, o que era uma excepção, se conciliavam, o que ainda hoje podem fazer, lavrava-se um termo, que era o documento ou instrumento do *contracto*.

O legislador não alterou a natureza, nem os efeitos do *contracto*. Apenas supprimiu uma *formalidade preliminar*, um *acto judicial*, sem a menor modificação no *direito civil*,

IV

Sou obrigado a invadir seara alheia.

Não posso acceitar, perdõe-me o sr. dr. João Mendes Junior, a classificação de *actos ordinatorios* e *actos decisorios* — tal como foi feita pelo meu illustrado collega.

São actos ordinatorios, é esta a sua classificação, — a citação, o libello, ou proposição da acção, o offerecimento de excepções, a contestação, a réplica, a tréplica, a reconvenção, a auctoria, a assistencia e a opposição, e bem assim a assignação e lançamento da dilação probatoria, as assignações e lançamentos dos termos de vista e outros. São actos decisorios as confissões, os depoimentos das testemunhas, a producção de instrumentos, as vistorias e arbitramentos, assim como a sentença, a solução, a arrematação, a adjudicação e quaesquer outros actos que ponham termo ao feito.

Ora, Dalloz, Mattiolo e outros, fazem uma distincção quanto aos actos decisorios, a qual não se póde recusar.

Dalloz, já por mim citado em artigo anterior, diz:

Em uma acção judicial cumpre bem distinguir o que só pertence á forma, á instrucção, ou ao processo, e que os jurisconsultos denominam *ordinarium litis*, do que interessa ao fundo da causa, daquillo cuja omissão ou ausencia torna a acção de nenhum effeito, e que os jurisconsultos chamam *decisorium litis*. As formalidades da primeira ordem são reguladas pela lei existente ao tempo em que a acção foi intentada; as da segunda ordem não dependem senão da lei sob cujo imperio se deu o facto de que deriva a acção. Tomemos, por exemplo, a prova testemunhal: a *fôrma* segundo a qual deve proceder-se á audição das testemunhas é *ordinaria litis*, e consequentemente subordinada á lei vigente ao tempo da inquirição. Mas, a questão da admissibilidade dessa prova só deve ser resolvida pela lei sob cujo imperio se adquiriu a acção. (*Rep. verb. Leois*, n. 335).

Mattiolo por sua vez:

O direito probatorio civil, na parte relativa á essencia da prova, á sua admissibilidade em juizo, aos seus effeitos, ás

peçoas que devem ministrar-a, é regido principalmente pelo código civil: pelo contrário, na parte que diz respeito ao modo como as provas são exibidas nos juízos civis, está sujeito ao código de processo civil (*Trattato di Diritto Giudiziario Civile Italiano*, vol. 1.º, n. 114, 3º edição).

Um exemplo esclarecerá a distinção que quero fazer: as Ordenações, liv. 1.º, tit. 86, pr., liv. 3.º tit 1.º, § 16 e tit 62, § 1.º, exigiam a citação pessoal da parte para ver jurar as testemunhas em certas hypotheses (Ribas, *Consolidação*, commentario ao art. 220, § 1.º); o Reg. n. 737, art 129, exige unicamente a citação do procurador. Ahi temos uma alteração que concerne a *actos ordinatorios*, e não a *actos decisorios*.

Por conseguinte, nos actos classificados pelo meu illustrado collega como exclusivamente decisorios é necessario discriminar o que é *ordinatorio* do que é *decisorio*.

Dirá talvez o sr. dr. João Mendes Junior que a discriminação já está feita por elle proprio, desde que incluiu a *citação* em geral entre os *actos ordinatorios*. A isso replicarei que os *actos decisorios* estão sujeitos a DIVERSAS FORMAS que são materia processual. Nada mais faço do que reproduzir a distinção de Dalloz: a forma segundo a qual deve proceder-se à audição das testemunhas é *ordinaria litis*, por exemplo.

Eu nunca fiz a classificação dos actos processuaes em *actos propriamente processuaes* e *impropriamente processuaes*, que, provavelmente para gracejar, me attribue o sr. dr. João Mendes Junior. Laurent na passagem por mim citada diz: "á primeira vista poder-se-ia suppor que as provas constituem uma dependencia do processo." Paraphraseando esse trecho de Laurent, escrevi incidentemente que os *actos ordinatorios* são os *propriamente processuaes*. Isso não foi uma classificação; foi a reproducção por outras palavras do pensamento de Laurent.

Vejamos agora porque o sr. dr. João Mendes Junior não admite que os Estados legislem sobre os *actos ordinatorios*.

Ainda não descobri nos brilhantes artigos do meu illustre collega um só *argumento de auctoridade ou de principio* que apoie a sua these.

Ao passo que tenho em meu favor as lições de Dalloz, Laurent, Boullenois, Asser et Rivier, Gabba, e os escriptores citados por estes, o sr. dr. João Mendes Junior não exhibiu um só jurisconsulto que lhe suffrague a doutrina que sustenta.

Terá offerecido argumentos de *principio*, deducções rigorosas de princípios juridicos incontestados? Também não. O meu illustre collega enumera os *actos ordinatórios*, e accrescenta *dogmaticamente* que taes actos não podem ser alterados sem que seja prejudicada a segurança dos direitos definidos pela lei substantiva. Não, porque? Em que consiste a conexão substancial entre o direito substantivo e o direito adjectivo? Não lhe apresentei diversos exemplos tirados, do direito patrio, em que se alterou o processo sem prejuizo do direito material? Entre outros não lhe recordei a substituição do processo civil da Ord. liv. 3.º, tit 20, pelo processo commercial do reg. n. 737? Houve algum jurisconsulto brasileiro (não exceptuo o proprio sr. dr. João Mendes Junior) que censurasse o legislador patrio por ter feito essa alteração em nossas leis processuaes, por ter adoptado as normas do processo em favor das quaes Paula Baptista mais de uma vez fez "*um voto esteril*"?

Estou inclinado a crer que entre nós ha apenas um equivoco, que estamos separados por falta de uma declaração. Quando propugno a minha these, não quero dar aos Estados a faculdade de legislar sobre o processo contra os principios da sciencia do direito. Posto que o processo tenha *um character antes technico do que scientifico*, na phrase já citada de Gabba, exprima *productos intellectuaes, combinações ou disposições de meios adoptados pelo legislador para a consecução do fim pratico de assegurar a observancia do direito*, não neguei jamais, antes expressamente reconheci nos artigos anteriores, certos principios, certas verdades fundamentaes, que são o ponto de partida, o criterio e o limite,

da actividade do legislador ao elaborar as normas processuaes. Esses principios — não pode transgredil-os o Estado, assim como não poderia violal-os o Congresso Nacional, se a este fosse dada a competencia que lhe outorga o sr. dr. João Mendes Junior.

Abra-se um tractado, ou compendio, de processo de um escriptor estrangeiro qualquer, e ler-se-ão distincções como estas: "*Processo summario*": —

Este processo, que tem por fim evitar ás *questões mais simples, menos importantes, ou mais urgentes*, as despesas e a duração do processo ordinario, não é sob todos os aspectos um processo excepcional" (Garsonnet, *Précis de Procédure Civile*, n. 318). Ou como esta : "O conceito distinctivo do processo ordinario e summario *está em a natureza das questões* que se agitam em juizo". (Gargiulo, obra citada, n. 535).

Em seu ultimo artigo o sr. dr. João Mendes Junior, em vez de me dar os processos especiaes, aliás em numero limitado, que são da competencia do Congresso Nacional, conforme lhe pedi, furtando-se a esse trabalho de tanta utilidade, fez uma longa relação de actos preparatorios, preventivos e incidentes, que reputa inalteraveis, e perguntou-me depois se é possivel modificar esses processos sem prejuizo da garantia dos direitos materiaes.

Foi pena; pois, repito, não conheço em nosso paiz ninguem mais preparado para essa tarefa que o sr. dr. João Mendes Junior.

Quanto á pergunta que me faz, respondo sem receio de errar: muitos desses processos ou actos processuaes não só podem ser modificados, como já o têm sido, sem o menor inconveniente. Basta destacar um dos processos *enumerados* — o incidente da habilitação. O Reg. n. 737 simplicou, sem o menor inconveniente, o processo da habilitação.

Sómente a superstição da forma póde fazer com que repillamos essa e outras modificações tão uteis, tão razoaveis.

Se os Estados legislarem sobre o processo criteriosamente, de conformidade com os principios cardeaes do direito, estou certo de que o sr. dr. João Mendes Junior nenhuma censura lhes fará. E, se fizer, não é Virgilio que o meu illustre collega deve citar; é Victor Hugo: "*Sombre fidélité pour les choses tombées, sois ma force, et ma joie, et mon pilier d'airain.*"

Dr. Pedro Lessa.